Commission on the
Future of Health Care
in Canada

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada

DISCUSSION PAPER NO.24

How Do Current Common Law Principles Impede or Facilitate Change?

by

Timothy Caulfield

University of Alberta

September 2002

Catalogue No. CP32-79/23-2002E-IN

ISBN 0-662-32793-4

Although the views expressed in the paper are those of the author(s), each of the papers was subjected to an independent peer-review process. The Commission would like to thank the Institute of Health Services and Policy Research (IHSPR) of the Canadian Institute of Health Research for their oversight and administration of the peer-review process for these papers. The work of the authors, the reviewers and IHSPR will serve to make these papers an important contribution to the Commission's work and its legacy.

Contents

Highlights	**iv**
Executive Summary	**v**
Introduction	**1**
Context	**2**
Medical Malpractice and the Legal Standard Care	**4**
Informed Consent in the Context of Health Care Reform	**8**
Fiduciary Obligations	**12**
Other Malpractice Issues	**15**
A Uniquely Canadian Dilemma?	**18**
Possible Reform Options	**19**
Notes	**23**
References	**24**

Highlights

- Future health care reform initiatives may not fit comfortably with existing common law malpractice principles.

- Tort and fiduciary law are primarily focussed on the interests of the patient and on the maintenance of the legal standard of care. Broader social concerns, such as equity, are not usually considered.

- Because the common law seeks, in general, to reinforce the established standard of care, it seems unlikely, at least in the short term, that Canadian courts will allow reform initiatives to erode the existing legal standard of care. As a result, physicians may feel legally compelled to ignore (consciously or unconsciously) requests to actively contain costs.

- Health care reform initiatives may create a number of unique informed consent dilemmas. For example, it is arguable that physicians have a legal obligation to disclose information about cost containment initiatives and the existence of private treatment options.

- Fiduciary law compels health care providers to focus, almost exclusively, on the best interests of the patient. As a result, fiduciary law will be relevant to any health care reform initiatives that explicitly ask physicians to integrate other factors, such as cost containment, into the clinical decision-making process.

- Possible reform options include leaving the policy concerns to be addressed by the courts or through the enactment of specific legislation to minimize or alter the nature of malpractice liability. Both approaches have limitations, however. For example, relying on the case-by-case evolution of malpractice law will not result in broadly based comprehensive reform.

- Finally, policy makers may wish to address health care reform issues as part of a broader tort reform initiative. Given the concerns highlighted in this paper, the emerging concerns associated with medical error and the ambivalent evidence supporting tort law as a mechanism of quality control, it may well be time to seriously consider the adoption of some form of no-fault scheme.

Executive Summary

Introduction

This paper provides an overview of the possible application and ramifications of malpractice jurisprudence in the context of health care reform in Canada. The changing nature of the Canadian health care system has had, and will continue to have, a tremendous impact on the practice environment for most health care professionals. Much of this change, however, does not fit comfortably with existing common law principles. This is largely because tort and fiduciary law are primarily focussed on the interests of the patient and on the maintenance of the legal standard of care. Broader social concerns, such as equity, are not usually considered. This has the potential to create a difficult policy tension. As noted by Marc Rodwin, "[Health reform] trends and views encourage the idea that rather than strive to promote only the welfare of individual patients, doctors and medical organizations must also act in the interest of the population they serve" (Rodwin 1995, 254).

Standard of Care

Historically, the common law has reinforced the established standard of care. It seems unlikely, at least in the short term, that Canadian courts will allow reform initiatives to erode the existing legal standard of care. As such, the malpractice regime will create challenges to the implementation of physician focussed reform.

Though the judiciary will undoubtedly remain sympathetic to actual scarcities of resources, conscious decisions to provide sub-standard care will be viewed with suspicion by Canadian courts. As a result, physicians may feel legally compelled to ignore (consciously or unconsciously) requests to actively contain costs and may seek ways to provide care within the publicly funded system – thus frustrating efforts to save money by initiatives such as the de-listing of services.

There is an important caveat to this conclusion, however. There are only a few cases directly on point and, as such, we can only guess how the courts will respond to future cases involving resource allocation decisions. Nevertheless, given the tone of the existing law, any near future change will likely continue to distinguish between actual scarcity and conscious decisions to contain costs.

Informed Consent

Health care reform initiatives may create a number of unique informed consent dilemmas. First, it is arguable that physicians have a legal obligation to disclose information about any cost containment initiatives that may pressure physicians to provide less, or different, health care procedures. This is something that a reasonable person in the patient's position would want to know. Second, physicians may also be required to tell patients about services that are a reasonable alternative but are not available within the public system. This may also mean that physicians have a duty to disclose information to patients about the existence of private options if

it can be conceived as something that a reasonable person in the patient's position would want to know.

As with tort law generally, informed consent principles will do little to facilitate the implementation of health care reform initiatives that are based on broader notions of social equity. More than any area of health law, informed consent is a manifestation of our society's deep reverence for personal autonomy. As such, it is concerned with providing patients with relevant information in order to allow autonomous decision making. Withholding or tailoring the provision of information in order to meet a broader social agenda conflicts directly with the ethical principles that underlie Canadian consent jurisprudence.

Fiduciary Obligations

Fiduciary obligations flow from the relationship of trust between physician and patient. Fiduciary law compels health care providers to focus, almost exclusively, on the best interests of the patient. "Loyalty is the core value of fiduciary relationships and hence the focus of fiduciary law" (Litman 2002, 91). As such, fiduciary law is clearly relevant to any health care reform scheme that explicitly or implicitly challenges the nature of this loyalty.

Fiduciary law also heightens the disclosure obligations of health care providers. In particular, it emphasizes the need to disclose information about any possible or apparent conflict of interest. As such, it is certainly possible that an application of fiduciary principles in this context would compel health care providers to disclose information about incentive schemes, such as capitation programs, that create conflicting pressures impacting treatment decisions.

Other Malpractice Issues

There are many other malpractice issues that should be considered in this context including the impact of existing common law principles on the decision making of hospitals and government, the desire to foster interdisciplinary research teams, and the growing concern regarding "medical error."

Possible Reform Options

Court Initiated Reform

One option is to leave the policy concerns outlined in this paper to be addressed by the Canadian courts. However, a case-by-case approach is unlikely to lead to a radical change in the law. Malpractice principles – and tort law in general – have, over the years, remained tremendously consistent. Incremental change, not radical revisions or paradigm shifts, is the norm. Moreover, the common law will inevitably lag behind broader social change. It is, to a large degree, a reactive mechanism. Relying on a case-by-case evolution of malpractice law will not result in broadly based comprehensive reform.

Specific Legislated Responses

Policy makers concerned about the impact of the common law on health care reform initiatives could enact legislation to minimize or alter the nature of malpractice liability. Such an approach faces a number of challenges. First, because this would likely be considered a provincial matter, each province would need to craft and enact its own legislation. There are ways to coordinate such efforts, but variation in political philosophy and in approaches to health care reform would likely result in a patchwork of regulatory responses. Second, the policy implications of limiting liability exposure through legislation should be carefully considered (e.g., what would be lost by changing the liability exposure of physicians in this context?).

Comprehensive Tort Reform (e.g., the Adoption of a No-Fault Scheme)

The most dramatic reform option would be to address health care reform issues as part of a broader tort reform initiative. By dealing with the malpractice issues associated with health care reform within a broader tort reform initiative, policy makers could specifically design a scheme to facilitate health care reform, public health work and a reduction of medical error while, at the same time, ensuring that the opportunity for patient compensation is improved. Indeed, given the concerns highlighted in this paper, the emerging concerns associated with medical error and the ambivalent evidence supporting tort law as a mechanism of quality control, it may well be time to seriously consider the adoption of some form of no-fault scheme.

"[H]ealth professionals face growing pressure to serve ends that fit awkwardly with the ideal of fidelity to patients" (Bloche 1999, 268).

Introduction

This paper provides an overview of the possible application and ramifications of malpractice jurisprudence in the context of health care reform in Canada.[1] The changing nature of the Canadian health care system has had, and will continue to have, a tremendous impact on the practice environment for most health care professionals. But, as we will see throughout this paper, much of this change does not fit comfortably with existing common law principles. This is largely because cost containment and health care reform have the potential to challenge well established legal obligations. Because tort and fiduciary law are largely focussed on the interests of the patient and on the maintenance of the legal standard of care, broader social concerns, such as social equity, are not usually considered. This has the potential to create a tension between the pressures associated with malpractice law, such as the incentive to provide more care and to remain strictly focussed on the needs of the particular patient, and the broader goals of health care reform.

This paper begins with an overview of the purpose of malpractice law and how it relates to health care reform. This is followed by a discussion of several specific areas of the common law, including the establishment and application of the legal standard of care, informed consent obligations and fiduciary law. We will see that, in general, existing common law principles will do little to facilitate health care reform and may, in some circumstances, act as a significant barrier. The paper ends with a brief discussion of a number of policy options that could be used to address the issues raised in this paper.

Context

The Purpose and Relevance of Tort Law

Though other areas of the common law are obviously relevant to the practice of health care in Canada (such as contract, fiduciary, administrative and, even, property law), health law jurisprudence has been dominated by tort law. When one thinks of "health law," one usually thinks of malpractice litigation – which is, to a large degree, simply the application of tort law in the context of health care. Indeed, many of the basic legal duties and responsibilities of health care providers in Canada – be it in relation to informed consent, confidentiality, and the provision of an appropriate level of care – have been established in the context of malpractice litigation. As such, much of this discussion paper will focus on the relevance and impact of tort principles. In addition, I will generally focus on physicians, though much of the analysis applies to other health care providers.

In general, tort law "provides a legal means whereby compensation, usually in the form of damages, may be paid for injuries suffered by a party as a result of the wrongful conduct of others." (*Hall v. Hebert* 1993; Klar 1996, 1). Tort law addresses and defines responsibility for harm and when and why a specific harm is worthy of compensation (Mariner 2001, 258). Another goal of tort law, however, is to act as a deterrent and to help establish and maintain a given standard of conduct (Klar 1996). That is, the fear of liability will cause individuals, such as physicians, to practice a certain level care – though the validity of this assumption continues to be debated (Prichard 1990; Jacobi and Huberfeld 2001). One well known Canadian study, the 1990 Prichard Report on Liability and Compensation in Health Care, concluded that "on balance, the threat of tort litigation against health care providers for negligence contributes in a positive way to improving the quality of health care provided and reducing the frequency of avoidable health care injuries" (Prichard 1990, executive summary. See also Studdert and Brennan, 2001). However, there remains little actual evidence to support the use of tort law as a means of ensuring a high quality of health care (Bovbjerg, Miller and Shapiro 2001, 369).

Relevance of Common Law to Health Care Practices and Health Care Reform

Because the common law plays a significant role in defining the rights and duties of health care providers and patients and creates an incentive to perform in a certain manner, it is essential to understand its relevance in the context of existing and possible health care reform initiatives. Malpractice lawsuits are determined on a case-by-case basis. They focus on the rights and legal duties of individual physicians and patients. While the principles of tort law obviously have social utility, the rights and duties of patients and physicians are rarely subordinated to the needs of the broader health care system. For example, as will be discussed more fully below, informed consent jurisprudence flows directly from the application of the ethical principle of autonomy (*Ciarlariello v. Schacter*, 1993) and the needs of third parties are rarely, if ever, considered.

But many reform initiatives will necessarily involve a weighing of the needs of the general population against the needs of individuals. And because physicians remain a central and controlling element in the utilization of health care resources, health care reform initiatives will also inevitably implicate physicians (Perkel 1996, 266). But the more physicians are asked to play an active role in cost containment, the greater the potential to strain existing legal norms – particularly if health care reform alters the existing physician/patient dynamic. As noted by Marc Rodwin, "[Health reform] trends and views encourage the idea that rather than strive to promote only the welfare of individual patients, doctors and medical organizations must also act in the interest of the population they serve" (Rodwin 1995, 254). While there are undoubtedly strong policy justifications for such an approach, Canadian malpractice law is not, as least currently, equiped to handle this shift.

Impact of Malpractice Law on the Behaviour of Health Care Providers

Though it remains unclear whether, in the aggregate, fear of malpractice liability is a constructive influence on physician behaviour and the quality of care (Prichard, 1990), there seems little doubt that it has an impact on the way physicians practice. Numerous studies have found that physicians are conscious of liability concerns. In general, physicians seem to believe that malpractice pressures encourage them to provide more care – a practice often known as "defensive medicine."

To cite but a few examples of survey data on point, a 1994 survey of Canadian physicians found that 70% thought the "[r]isk of malpractice suits forces physicians to order tests that may not be required" (*Medical Post* 1994). Another study found 91% of the physicians surveyed "believed their test-ordering behaviour was affected by [a] perceived risk of litigation." (Salloum and Franssen 1993). And a study done for the Royal Commission on New Reproductive Technologies concluded that 62% of Alberta physicians said they believe that fear of law suits will lead to more PND than is medically required (Renaud 1993).

Medical Malpractice and the Legal Standard Care

In this section, I explain how the legal standard of care is established in Canada and explore the possible interaction between health care reform initiatives and the legal standard.

Establishing the Legal Standard of Care in Canada

As in many common law jurisdictions, the legal standard of care in Canada is determined by examining what "could reasonably be expected of a normal, prudent practitioner" (*Crits v. Sylvester* 1956, 508). This rule was affirmed by the Supreme Court of Canada in *ter Neuzen v. Korn* where it was held that doctors "have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances"(*ter Neuzen v. Korn* 1995, 588). National and, even, international clinical practice guidelines are becoming more common – particularly in this era of evidence based medicine. However, regardless of how well formulated, practice guidelines remain only one piece of evidence in the formulation of the legal standard of care. A case-by-case analysis remains the norm. In practical terms, this means that the standard of care is re-examined in each law suit and is generally established by the health care profession itself via the provision of expert testimony.

Because of constant innovation and improvements in clinical practice, the standard of care has generally moved forward and become increasingly stringent (Mohr 2000). As noted by Professor Robertson: "Medical knowledge and technology are constantly evolving, and what was reasonable medical practice a few years ago may not necessarily be so today" (Robertson 1999, 87). Indeed, there have been very few cases where a Canadian court has suggested that the existing legal standard of care should be lessened. There have been situations where courts have had to consider whether the legal standard of care, as established by the profession, is inappropriately low (e.g., *ter Neuzen v. Korn* 1995; *Anderson v. Chasney* 1950) or whether it was possible, in the circumstances, to meet the legal standard of care (*Bateman v. Doiron* 1991, 291), but there are few cases where the established legal standard of care was deemed too high (however, see *Elofson v. Davis*, discussed below).

Given that quality control is, rightly or not, one of the understood goals of tort law, this adherence to established standards makes sense. To allow a slippage in the standard of care would be to deem a lower quality of care as appropriate. Moreover, because the standard is established on a case-by-case basis, judges seem reluctant to have a specific injured plaintiff bear the burden of broader health policy concerns.

Relevance of Health Care Reform Strategies to Liability Issues

Of course, the judicial trend of reinforcing an established standard of care could have an important impact on any health care reform initiative that places pressure on physicians to provide less (or even different) care. The potential affect of existing tort principles is well illustrated by the British Columbia decision of *Law Estate v. Simice* (1994; see also Irvine 1994), one of the few Canadian cases where a court has had to consider the impact of cost containment

pressure on a physician's clinical decision. In this case, a patient presented in the emergency room with a headache. The patient later died of an aneurism. One of the critical issues was why a CT scan was not provided in a timely fashion. In response, one of the excuses put forward by the defendant physician for not providing the CT was that there were constraints imposed by the provincial insurance scheme on the use of such diagnostic tools. In this regard, Spencer J. stated as follows:

> [I]f it comes to a choice between a physician's responsibility to his or her individual patient and his or her responsibility to the Medicare system overall, the former must take precedence in a case such as this. The severity of the harm that may occur to the patient who is permitted to go undiagnosed is far greater than the financial harm that will occur to the Medicare system if one more CT procedure only shows the patient is not suffering from a serious medical condition.

More than in any other Canadian case, this judicial statement dramatically exemplifies the dilemma physicians and health policy decision makers face in this context. In the eyes of this judge, physicians should ignore calls for economic restraint and should focus their attention on the needs of the individual patient. Cost containment pressure will not stand as an excuse for sub-standard care.

We see a similar examination in the Newfoundland case of *McLean v. Carr* (1994) – a case which also dealt with the withholding of a CT scan. Though the judge in *McLean* comes to a conclusion similar to that in *Law Estate*, in *McLean* the judge implies that information concerning the costs of providing CT scans may have influenced his decision concerning the appropriate standard.

> The question is one of the cost effectiveness of precautions which could have been taken. It was allegedly too costly in 1987 to do a CT Scan on all head-injured patients. I was not, however, provided any evidence to establish that the cost would be prohibitive to scan, not all, but just patients whose skulls had considerable force applied and who had a resulting skull fracture. (*McLean v. Carr* 1994, 289).

An Economic "Locality Rule"?

Though controversial from the perspective of health care reform, the conclusions in Law *Estate* and *McLean* are entirely consistent with existing tort theory and case law. Indeed, to some degree, the idea of using the existence of cost containment strategies as an "excuse" for substandard care is not unlike the legal issues associated with practising medicine in a rural setting. Physicians in rural settings have often had to contend with fewer resources. In such situations, the courts have always been sympathetic to the fact that physicians may have to practice in less than ideal circumstances. In general, a physician will not be found negligent for substandard care if she did her best with the resources available.

Though not a rural setting, the case of *Bateman v. Doiron*, stands as a good example of how the courts handle situations of actual scarcity. In this case it was alleged that the hospital was negligent for staffing their hospital emergency room with family physicians instead of specialists.

The plaintiff was admitted to the Moncton hospital emergency room with chest pains and the plaintiff claimed that the defendant, who was a family physician, did not handle the situation properly. It was held if that the hospital was not negligent for using family physicians if that was all that was available. In other words, because there was an actual scarcity of the needed resource, emergency specialists, the hospital could not be held liable for not meeting the legal standard of care. "The non-availability of trained and experienced personnel, to say nothing of the problems of collateral resource allocation, simply makes this standard unrealistic, albeit desirable" (*Bateman v. Doiron* 1991, 291).[2]

However, Canadian courts have been very hesitant to allow external circumstances, such as a lack of resources, to result in an actual decrease in the standard of care. For example, the idea that courts should apply the concept of a "locality rule" – that is, varying the standard of care to accommodate those practising in rural settings – has largely been rejected by the Canadian judiciary. In the 1999 malpractice case of *Sunnucks v. Tobique Valley Hospital*, for example, the court summarized the current thinking regarding the application of the locality rule.

> The experts called by the defendant doctors referred often to the problems facing doctors in rural areas such as a lack of specialists to refer to, lack of facilities, and the long periods of being on-call, and generally being overworked. This so-called "locality rule" has been roundly criticized by both the courts and in various legal texts. The rule simply establishes that the standard of the profession depended on the acceptable conduct of the community or similar communities. The danger is that the rural-urban distinction might create a double standard based on geography allowing inferior health care to be considered adequate in some areas. The standard of care Dr. Wecker owed to the plaintiff is exactly the same as that expected of an urban doctor (*Sunnucks v. Tobique Valley Hospital* 1999, 280-1).[3]

This general reluctance on the part of common law courts to reduce the standard of care permeates much of tort law. For example, it is also reflected in the harsh approach taken to setting the standard of care for novices practising in a given profession. Despite the fact that it is important to encourage and promote new health care professionals, common law courts will not reduce the standard of care in order to soften the liability exposure of trainees. The rationale for this approach is nicely summarized by John Fleming:

> While it is necessary to encourage [beginners], it is equally evident that they cause more than their proportionate share of accidents. The paramount social need for compensating accident victims, however, clearly outweighs all competing considerations, and the beginner is, therefore, held to the standard of those who are reasonably skilled and proficient in that particular calling or activity (Fleming 1983, 105).

Implications

The existing malpractice regime will create challenges to the implementation of physician focussed reform. As we saw above, there seems little doubt that fear of liability has an impact on how health care providers practice. In general, tort law encourages the provision of more care, thus increasing the cost to the health care system. More importantly, however, if it remains the

case that health care providers will be held accountable for injuries associated with health care reform initiative, physicians may, understandably, resist (consciously or unconsciously) the implementation of cost containment initiatives that require physicians to integrate economic factors into their clinical decisions.

Liability concerns may also have other, more subtle, impacts on cost containment initiatives. For example, de-listing currently covered health care services is one mechanism (though highly criticized) that has been suggested to help control health care costs (e.g., Alberta's Report of the Premier's Advisory Council on Health 2002). Because tort liability generally encourages the provision of care, it may also encourage physicians to diagnose patients in a manner that ensures continued public coverage – thus, again, frustrating the cost containment goal. This "diagnostic drift" phenomenon was noted as one of the problems with the well known "Oregon plan" (McPhearson 1991).

In addition, it can be argued that tort law encourages more aggressive health care practices (i.e., more diagnostic tests, the provision of more medication, etc). As such, it may increase the number of iatrogenic injuries which, in turn, cause the health care system money – though, to date, there are little data on point (see Studdert and Brennan 2001).

In sum, the interaction between health care reform initiatives and medical malpractice law has the potential to create a number of unique legal and policy dilemmas. It seems unlikely, at least in the short term, that Canadian courts will allow reform initiatives to erode the existing legal standard of care. Though the judiciary will undoubtedly remain sympathetic to actual scarcities of resources, conscious decisions to provide sub-standard care will be viewed with suspicion by Canadian courts. As such, physicians may feel legally compelled to ignore (consciously or unconsciously) requests to actively contain costs and may seek ways to provide care within the publicly funded system – thus frustrating efforts to save money by initiatives such as the de-listing of services.

There is an important caveat to this conclusion, however. As noted above, there are only a few cases directly on point and, as such, we can only guess how the courts will respond to future cases involving resource allocation decisions.[4] That said, most relevant jurisprudence tells us that Canadian courts will continue to emphasize a maintenance of the standard of care and the physician's focus on the best interest of the patient. Eventually, however, tort law will need to respond to the changing health care environment. As recently suggested by one author, "[c]ourts may be reluctant at first to support such a decline in the medical standard, but ultimately, negligence law must adjust to the realities of health care economics" (Walker 2002, 7/10).

Nevertheless, given the tone of the existing law, I suspect that any future change will continue to distinguish between actual scarcity and conscious decisions to contain costs. Such a distinction fits most comfortably with the existing negligence jurisprudence. Finally, speculation about how tort law may accommodate health care reform is not terribly relevant to the immediate efforts to reform the system. Until there are more relevant Canadian cases to provide physicians with much needed guidance (Walker, 2002), health care providers will need to work with the current legal uncertainty and liability concerns.

Informed Consent in the Context of Health Care Reform

Consent and informed consent law is an important part of Canadian health law jurisprudence. It is a manifestation of our society's deep reverence for the ethical principle of autonomy and plays a central role in defining the nature of the physician/patient relationship. In this section, I review basic informed consent law and explore its relevance to and impact on health care reform in Canada.

Standard of Disclosure

Canada has a rich body of jurisprudence touching on all aspects of the consent process (Nelson 1999; Dickens 1999; and Picard and Robertson 1996). In some jurisdictions, the basic consent principles have been codified in legislation (see *Health Care Consent Act*, S.O. 1996 s. 11(1)). Other than in a few circumstances, such as in an emergency, health care providers must get a patient's consent prior to the provision of any health care procedure. In order for the consent to be legally valid, health care providers must provide patients with all material information regarding the health care procedure. In other words, the consent must be informed. The seminal Supreme Court of Canada case of *Reibl v. Hughes* defined material information as anything a reasonable person in the patient's position would want to know (*Reibl v. Hughes* 1980). Failure to provide this information constitutes negligence on the part of the physician.

Since *Reibl*, Canadian courts have had many opportunities to interpret the scope of the physician's duty. In general, this jurisprudence has consistently expanded the physician's duty of disclosure. In part, this is due to the dominant role that the principle of autonomy has played in the evolution of consent jurisprudence. In *Ciarlariello v. Schacter*, for example, the Supreme Court of Canada declared that "the concept of individual autonomy is fundamental to the common law and is the basis for the requirement that disclosure be made to a patient" (*Ciarlariello v. Schacter*, 1993). This focus on autonomy has caused the death of the paternalistic approach to disclosure decisions and allowed courts to focus on what a reasonable patient would want to know (Dickens 1999, 131). As such, the scope of the disclosure obligation is only rarely, if ever, mediated by external factors. Even the withholding of information for the welfare of the patient – a practice known as "therapeutic privilege" – has been largely overwhelmed by the judicial respect for autonomy (*McInerney v. MacDonald* 1992).

Disclosure Obligations in the Context of Health Care Reform

Health care reform initiatives may have an unusual impact on the informed consent process. First, it is arguable that physicians have a legal obligation to disclose information about any cost containment initiatives that may pressure physicians to provide less, or different, health care procedures (Caulfield & Ginn 1994; Miller 1992; Picard and Robertson 1996, 131-132). For example, a physician may have an obligation to tell patients of a regional health authority policy to use less diagnostic procedures. Though such information is not the traditional "medical risk" data most often associated with the consent process, it is clearly information that a reasonable person in the patient's position would want to know. Indeed, Professor Wolf has noted that "it is

hard to imagine information more material" than information about factors impacting the clinical decision making process (Wolf 1999, 1661). Likewise, physicians should disclose to patients information about any additional risks that may be associated with the implementation of a health care reform or cost containment initiative (e.g., the risks, if any, associated with being on a waiting lists).

Second, physicians may also be required to tell patients about services that are a reasonable alternative but are not available within the public system. For example, in Alberta, the recent Report of the Premier's Advisory Council on Health (2002) recommended that a number of procedures be de-listed. If the government de-lists services that a health care provider would have normally considered a treatment option, this option should still be disclosed (see *Seney v. Crooks* 1998). This may also mean that physicians have a duty to disclose information to patients about the existence of private options that may be available both within and without a given jurisdiction if it can be conceived as something that a reasonable person in the patient's position would want to know. Private options which are not substantially different, faster or more convenient may not have to be disclosed. However, if a private option is available that would allow access to a procedure that would provide treatment in a manner that would lower the risks to the patient or speed access to a medically necessary service, that private option should probably be disclosed. Again, this is something that a reasonable person in the patient's position would want to know. As suggested by Professor Dickens:

> If patients have the means to obtain indicated care in another hospital, town, province or country, physicians may be obliged to inform them, because the option may be material to patients' choice between accepting the lesser care or seeking superior care elsewhere. Physicians who do not know whether patients have such means should ask them (Dickens 1999, 133).

It is interesting to note that at least one group of physicians has decided to formally address this consent issue. Recently, the Calgary Regional Medical Staff Association circulated a form letter to all its members (Lightstone 1999). The letter was in the form of an information sheet which could be given to patients who have been placed on a waiting list for a variety of medical services (e.g., MRIs, consultations with specialists, etc.). The letter warned patients that "the waiting time for [the particular] procedure involves some risk." The letter goes on to state the following: "You may also wish to contact other centres in Alberta or the rest of Canada to determine whether the necessary services is available there sooner. You have the option of leaving the country and possibly getting the service immediately" (copy of letter on file with author). Likewise, in January, 2000, it was reported that a number of hospitals in Toronto asked patients to sign waivers "spelling out the dangers of long waiting lists for care" (The Canadian Press 2000, A9). It was suggested that the "waiver would establish, in writing, that the patient was fully aware of the health risk of joining a lengthy queue" (A9).

Though the provision of information on the existence and impact of health care reform initiatives may seem like an extreme application of the informed consent doctrine, it is clearly within the tenor of existing jurisprudence. This is information that a reasonable person in the patients' position may want to know. Moreover, there are a number of legal policy justifications for disclosure of this nature. First, this information "can empower consumers" and "encourage dialogue among consumers, physicians [and] local regulators" (Khanna, et al. 1999, 292).

Second, in some circumstances, such information may help patients choose between different providers. A patient may wish to find a physician who is not under the same constraints or who does not, for example, have a long a waiting list. As noted by Lewis, et al., "a patient may languish on a particular physician's waiting list for a long time without ever knowing that another physician could provide the needed service much sooner" (Lewis 2000, 1299). This, in turn, may encourage physicians to be more efficient in their management of resources (e.g., the management of waiting lists). Third, and most importantly, to withhold information that is potentially relevant to the provision of a health care service is to adopt a paternalistic approach which would be a stark contrast to the current philosophical and legal trend.

Implications

The application of informed consent law in this context has the potential to create a number of policy dilemmas. For example, requiring physicians to provide information about private options may facilitate the development of a "second tier." This may be particularly offensive to health care providers who are strong supporters of the public health system. For patients, hearing about private facilities from their physician could certainly be viewed as an "advertisement" for a treatment option they may not have been considering. In addition, some patients may not have the financial resources to access private options. For this sector of society, being told about unattainable private health care options could be viewed as cruel and ethically inappropriate.

These are all valid concerns. However, they do not alter the physician's legal disclosure obligations. As noted above, physicians can only rarely withhold information for the good of the patient – a concept known as "therapeutic privilege." In the case of *Meyer Estate v. Rogers*, for instance, a physician intentionally withheld information about the risks associated with contrast media. The court stated that the "therapeutic privilege" exception to the doctor's duty of disclosure should not be part of Canadian law because it has the potential to erode the requirement of informed consent (*Meyer Estate v. Rogers* 1991. See also *McInerney v. MacDonald* 1992; and *Picard & Robertson* 1996, 147-149). It is unlikely that a Canadian court would characterise the fear that a low income patient may become upset about the inability to purchase private options as a justification for the exercise of therapeutic privilege. On the contrary, the physician should not presume to know how the patient would react or use such information. Likewise, personal concern about the social consequences of providing information will likely do little to limit the physician's disclosure duties. As with other value laden issues, such as abortion, physicians must be careful not to allow personal views to interfere with their legal and ethical obligations.

Another interesting policy issue is associated with what is known as "the causation hurdle." Though Canadian consent law has placed increasingly onerous disclosure obligations on health care providers, it is still difficult for plaintiff/patients to win informed consent law suits. This is because plaintiffs must satisfy the court that "but for" the non-disclosure they would not have had the treatment (or would have had a different treatment) and, therefore, would not be injured. It has been very difficult for patients to satisfy this causation component of an informed consent law suit (*Arndt v. Smith* 1997; Nelson & Caulfield 1998; and Robertson 1991).

This causation dilemma may have a particularly odd impact in the context of "health care reform" cases. In order to illustrate the problem, let us consider how one of these cases may actually play out. If, for instance, a person is injured while on a waiting list, he or she may argue that had the physician explained the risks associated with being on a waiting list and the existence of private options, the injury would not have occurred. In this context, the court must be satisfied that "a reasonable person in the patient's position" would have opted for the private option. Applying the controversial "modified objective" test, the court would need to investigate whether the patient had the financial resources that would allow him/her to access the private option. Given the existence of the causation hurdle, Canadian courts could reasonably conclude that only plaintiffs with access to money to purchase private options can succeed in such cases.

Though this may seem perversely unjust (indeed, it compounds the inequities already present in a two tiered system), this conclusion is entirely consistent with existing case law. For example, in cases like *Mickle v. Salvation Army Grace Hospital Windsor Ontario* and *Arndt v. Smith* the courts have used very personal characteristics, such as the religious beliefs of the plaintiff, to determine this causation issue. In *Mickle*, for example, the court held that because the child's disabilities were not severe, a reasonable woman in Mickle's position would not select abortion (1998). Given this case law, it seems entirely possible that a Canadian court could use the fact that a patient/plaintiff has a low income to conclude that the plaintiff cannot satisfy the causation test – that is, that a reasonable person in the patient's position would not have opted for the private alternative.

This section will also end with the important caveat that, to date, we have had no Canadian informed consent cases directly on point. However, in other jurisdictions, particularly the US, this informed consent controversy has already led to a great deal of academic debate, case law and, even, legislation compelling disclosure of cost containment mechanisms and incentives to provide less care (Khanna, et al. 1999; Miller & Sage 1999). In addition, it seems that Canadian policy makers are already beginning to take formal action to comply with their perceived consent obligations, as evidenced by the approach taken by the Calgary Regional Medical Staff Association.

As with tort law generally, informed consent principles will do little to facilitate the implementation of health care reform initiatives that are based on broader notions of social equity. More than any area of health law, informed consent is a manifestation of our society's deep reverence for personal autonomy. As such, it is concerned with providing patients with relevant information in order to allow autonomous decision making. Withholding or tailoring the provision of information in order to meet a broader social agenda conflicts directly with the ethical principles that underlie Canadian consent jurisprudence.

Fiduciary Obligations

Fiduciary law is another area that has tremendous significance in this context. Fiduciary obligations flow from the relationship of trust between physician and patient. Indeed, fiduciary law compels health care providers to focus, almost exclusively, on the best interests of the patient. "Loyalty is the core value of fiduciary relationships and hence the focus of fiduciary law" (Litman 2002, 91). As such, fiduciary law is clearly relevant to any health care reform scheme that explicitly or implicitly challenges the nature of this loyalty.

Nature and Justifications of Fiduciary Obligations in Canada

Canada can be characterized as a country which places particularly onerous fiduciary obligations on health professionals. Unlike some jurisdictions, such as Australia, there seems little doubt that Canadian physicians are in a fiduciary relationship with their patients – at least in most situations. In *McInerney v. MacDonald*, a case dealing with a patient's right of access to her health care record, the court held that the physician/patient relationship is fiduciary in nature and that "[c]ertain duties do arise from the special relationship of trust and confidence between doctor and patient"(*McInerney v. MacDonald* 1992, 423). In the case of *Norberg v. Wynrib*, Justice McLachlin stated that "the most fundamental characteristic of the doctor-patient relationship is its fiduciary nature" (*Norberg v. Wynrib* 1992; see also *Henderson v. Johnston* 1956).

Fiduciary principles also dictate that health care providers "must avoid an appearance of conflict of interest, even when there is neither actual nor potential conflict in the classic sense" (Litman 2002, 95). For example, in the case of *Cox v. College of Optometrists of Ontario* the court held that even though there was no actual conflicting financial pressures, merely having an office in an optical companies retail space was enough to lead the court to conclude there was an inappropriate conflict of interest. Professor Litman believes that extending the application of fiduciary principles to situations where there is a mere appearance of conflict can be justified. He argues that "it has the effect of maintaining and perhaps even enhancing public confidence in the integrity of an important health-service institution where both loyalty and a perception of loyalty are essential to the efficacy of the institution" (Litman 2002, 96).

Focus on the Best Interests of the Patient

Fiduciary principles create clear barriers for health care reform initiatives that seek to integrate broader social concerns into the physician decision making process. This is particularly so if there are economic incentives in place that encourage a specific utilization pattern. This dilemma has been noted by numerous authors. For example, in the US, Perry noted that: "[T]he economic benefits and hazard of today's practice of medicine provide sundry and frequently subtle opportunities for fiduciary conflicts of interest" (Perry 1994). Recently, my colleague, Professor Litman, made the following observation:

> From the perspective of an individual patient, treatment decisions driven or influenced by cost-containment considerations are highly improper because they violate the basic

> fiduciary tenet that fiduciaries may consider only the interests of their beneficiaries in the discharge of their fiduciary responsibilities (Litman 2002, 110).

The clear conflict created by many models of health care reform initiatives has not dissuaded legal commentators from calling for an even more vigorous application of fiduciary principles in this context. Indeed, many legal scholars view fiduciary law as a needed protection against the inappropriate influences of financial incentives.

> It is part of a court's traditional function to correct for market imperfections by defining fiduciary duties to curb betrayals of trust. Despite physicians' own best efforts, pressure to curb cost may lead to erosion of their professional norm of loyalty to individual patients...(Cahill and Jacobson 2001, 431).

Disclosure of Conflicts of Interest

Fiduciary law also heightens the disclosure obligations of health care providers. In particular, it emphasizes the need to disclose information about any possible or apparent conflict of interest. For example, in the well known US case of *Moore v. Regents of the University of California* it was noted that because doctors are fiduciaries, they are legally required to inform their patients of any conflicts of interest in treating the patient, including disclosure of "personal interests unrelated to the patient's health, whether research or economic, that may affect [the doctor's] medical judgment" (1990, 485). Though there are no Canadian fiduciary law cases dealing with health care reform initiatives, disclosure of conflicts is a well understood and classic component of fiduciary law. As such, it is certainly possible that an application of fiduciary principles in this context would compel health care providers to disclose information about incentive schemes, such as capitation programs, that create conflicting pressures impacting treatment decisions. As noted by Martin and Bjerknes: "Pursuing a claim for breach of fiduciary duty, particularly in conjunction with a claim for violation of informed consent, is likely to succeed based on the long history of judicial regulation of economic conflicts of interest in fiduciary relationships" (1996, 457).

Implications

The impact of fiduciary law in this context is obvious. At a minimum, it compels the disclosure of all relevant conflicts. And, if strictly applied, fiduciary law may also prohibit physicians from providing care in situations where they are in a clear conflict of interest – such as when they may financially benefit from the provision of a privately funded "enhanced service" (Caulfield, Flood and von Tigerstrom 2000). However, it may also make it difficult to implement a wide variety of cost containment schemes. Though, again, it is difficult to predict how a Canadian court may interpret fiduciary principles in the context of a formal health care reform initiative, as with the tort principles outlined above, I believe that physician initiated "bedside rationing," an inevitable component of many cost containment schemes, will be viewed with a degree of suspicion by Canadian courts. Indeed, some commentators have suggested that we should ban all incentive mechanisms aimed at physician utilization behaviour. "Patent financial incentives that reward overcare or undercare weaken patient-physician and patient-nurse bonds

and should be prohibited" (Policy Perspective 1997, 1733). But given the key role of health care providers, especially physicians, in the control of health care budgets, how can costs be contained without such incentive schemes?

Other Malpractice Issues

Due to the limited space available, this paper has largely focussed on the impact of malpractice law on physician behaviour in relation to health care reform in Canada. However, it is important to note that common law malpractice principles will have an impact in a number of other relevant areas. Below is a brief sampling of other malpractice issues that should be considered in this context.

Group Practice, Shared Responsibilities?

Historically, the "buck stops" with the physician. That is, the majority of legal responsibilities in the delivery of health care services have generally fallen on the physician. For example, though physicians can delegate aspects of the informed consent process to a variety of other health care professionals, they remain responsible for ensuring the patient was properly informed and, even, understood the information provided. In *Ciarlarliello v. Schacter* the Supreme Court of Canada noted that "it is appropriate that the burden should be placed on the doctor to show that the patient comprehended the explanation and instructions given." (*Ciarlarliello v. Schacter* 1993, 140). Will the fact that physicians remain the focal point of legal responsibility impede attempts to create interdisciplinary health care teams?

Confidentiality Issues

Though a number of Canadian jurisdictions are introducing specific legislation (e.g., Alberta's Health Information Act), in many provinces the common law remains a dominant aspect of the law in relation to the handling of health care information (see *Canadian AIDS Society v. Ontario* 1995; *R. v. Osolin* 1993; *R v. O'Connor* 1995; and *McInerney v. MacDonald* 1992). In general, this jurisprudence places a strong and clear obligation on health care providers to maintain the confidentiality of health care information (e.g., *Peters -Brown v. Regina District Health Board* 1995). Will this law, and the emerging health information legislation, make it more difficult to implement population health initiatives? For example, population health projects often require access to a large amount of identifiable health care information. If consent is needed in order to access all identifiable health care information, as mandated by the common law, will it be feasible to undertake this work?

Medical Error

Over the past few years, there has been rising interest in the health and cost implications of "medical error." A 1999 report by the US Institute of Medicine suggested that, in the US, as many as 44,000-98,000 deaths per year could be attributed to medical error (Leape 2001, 146; and Bovbjerg, Miller and Shapiro 2001). Any comprehensive health care reform initiative will need to address this critical issue. From the perspective of this paper, it is important to note that many have argued that malpractice law may both contribute to the incidence of medical error and make it more difficult to address the problem. For example, a number of commentators have

suggested that fear of litigation may cause physicians to be less forthcoming regarding their involvement in a possible medical error, thus hurting efforts to gather detailed information about the incidence and nature of errors.

> Data on the incidence of harmful mistakes suggests that the supposed deterrent effect of medical suits alone has not been sufficient to address the problem. On the contrary, litigation may well stifle efforts to reduce error (Studdert and Brennan 2001, 227).

Contributory Negligence of Patients for "Unhealthy" Behaviour

There have been a number of Canadian decisions where patients have been found contributory negligent as a result of their unhealthy behaviour. For example, in the case of *Dumais v. Hamilton*, a physician was found liable for not appropriately disclosing the risks associated with a "tummy tuck" operation (*Dumais v. Hamilton* 1998). However, because the patient continued to smoke, the court found she had failed to mitigate her damages and, as such, was 50% liable for her injuries. Given the increasing emphasis to encourage Canadians to lead healthy lives as a way of reducing health care costs (Premier's Advisory Council on Health 2002), will the courts place more and more emphasis on patient behaviour in the assessment of malpractice claims?

Liability of Hospitals, Regional Health Authorities and Government

While I believe that Canadian physicians will likely bear a significant amount of the liability exposure in relation to health care reform initiatives, many other entities, such as hospitals, regional health authorities (RHAs) and, even, the provincial government will obviously be very involved. Indeed, though "bedside rationing" will remain an inevitable component of almost any health care reform initiative (Ubel 2002), it can be argued that these "meso" and "macro" decision makers have the greatest impact on what is available to patients and, as such, should be held liable for any decisions that results in the provision of sub-standard care.

Again, in Canada, we have very few cases directly on point. There is no doubt that hospitals and regional health authorities can be found directly negligent if a well established duty is breached (e.g., selecting competent staff) and vicariously liable for the negligence of their employees acting within their scope of employment (Picard and Robertson 1996). And, as with physicians, the courts will likely remain sympathetic to RHAs and hospitals who have to deal with an actual scarcity of resources (e.g., *Bateman v. Doirin* 1991). However, the extent to which Canadian courts will hold meso and macro decision makers liable for allocation decisions remains unclear.[5] Factors likely to be considered by courts in this context include the degree to which the decision can be characterized as a true "policy" decision, thereby rendering a public authority immune from liability, and the degree to which the harm was "forseeable" (see, for example, *Brown v. BC* 1994). In general, I believe that Canadian courts will likely show a degree of deference to public entities charged with making broad allocation decisions, as has been the case in both the US and the UK (Caulfield 1994; Jacobson 1999; Cahill and Jacobson 2001).

A thorough discussion of this important liability issue is beyond the scope of this paper (see Mariner 2001). However, the policy implications of extending liability to meso and macro decision makers should be considered as part of any tort reform initiative. For example, as with physician liability, imposing liability on meso and macro decision makers could make it more difficult to implement effective cost containment programs. As noted by Professor Jacobson: "The success of managed care cost containment innovations depends on many factors, including how courts decide litigation challenging various cost containment initiatives" (Jacobson 1999, abstract). Moreover, "[s]uch claims may deter vigorous decision making" on the part of public officials (*Decock v. Alberta* 2000, paragraph 37).

A Uniquely Canadian Dilemma?

As I have touched on throughout this paper, a number of countries have already struggled with many of these issues. And while this malpractice dilemma has led to a degree of controversy, one could certainly argue that it has not had the dramatic impact I suggest may play out in Canada if these common law issues are not appropriately considered. However, there are reasons why these legal dilemmas may be particularly problematic in the Canadian context.

First, as compared to many other common law jurisdictions, Canadian health law is especially "patient focussed." For example, in the UK and in much of the US the standard of disclosure for informed consent remains that of a "reasonable professional" (the Canadian standard is that of a "reasonable patient"). In addition, Canada's strong emphasis on fiduciary principles, perhaps the strongest in the common law world, also heighten this patient centred ethos. As noted above, it is this emphasis on the patient that, rightly or not, may cause many of the legal challenges associated with health care reform.

Second, in the US, much of the relevant common law is clouded by the complex organizational nature of their HMOs/MCOs and the application of the federal *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) legislation (Mariner 2001; Anderlik 1998). Among other things, the ERISA legislation limits the type of action one can bring against many MCOs. Indeed, the application of ERISA was a key issue in many of the most relevant US decisions (*Wickline* 1986; *Pegram* 2000).

Finally, unlike in the UK, many of our current legal standards have been developed in a world of fee-for-service remuneration and little administrative interference with the professional decision making process. The adoption of new forms of remuneration, new incentive schemes or new organizational frameworks will represent a significant shift for Canadian physicians. As noted throughout this paper, there is currently little Canadian jurisprudence that is capable of easily accommodating a radical shift in this area.

Possible Reform Options

The common law, and malpractice law specifically, is not the best tool for facilitating change to the existing health care system. The goals of malpractice law – that is, the compensations of injured patients and the maintenance of a high standard of care – are not necessarily congruent with, for example, cost containment. For instance, because malpractice law continues to reinforce the paramountcy of a physician's duty to her patients, it does little to facilitate the introduction of broader health care reform initiatives. Simply put, tort law is not designed as a tool for effectuating broadly based social reform.

However, malpractice law is a powerful social force. Given its impact on health care provider behaviour, policy makers must consider whether some degree of tort reform is necessary and/or desirable. For example, it is possible that a reform initiative that reduced physician liability exposure would make cost containment initiatives easier to implement. However, what other social goals would be compromised by such a reform scheme? Below, I briefly outline a number of reform options for addressing the concerns raised in this discussion paper.

Court Initiated Reform (e.g., Case-by-Case Evolution of Tort Malpractice Law)

One option is to leave the policy concerns outlined in this paper to be addressed by the Canadian courts. That is, we could rely on the case-by-case evolution of malpractice principles in the hope that the judiciary will develop new methods of resolving the policy concerns inextricably linked to health care reform. Indeed, as noted by Walker above, some type of judicial accommodation is inevitable (Walker, 2002) as Canadian courts must, at some level, respond to the changes occurring in the health care system.

Though a case-by-case approach may lead to a radical change in the law, it seems highly unlikely. Malpractice principles – and tort law in general – have, over the years, remained tremendously consistent (Mariner 2001, 258). Incremental change, not radical revisions or paradigm shifts, is the norm. As suggested by Professor Mariner, in relation to US health care reform law, we are "not likely to find salvation in new theory" (Mariner 2001, 270). This is not to say that the courts are unaware of the policy issues relevant to cases in this area. In one US study of over 480 cases involving managed care issues, the authors found that in 56% of the cases the courts raised at least one policy issue.

> Judges are actively considering the policy implications of their decisions. This does not mean that the courts are actually formulating health care policy. But it does suggest that the judiciary is well aware of the policy conflicts at stake and is willing to consider them in the decision-making process (Jacobson, Selvin and Pomfret 2001, 286).

However, even in the US, where there have been a larger number of health care reform cases, no radical shift in tort law has emerged. It is true that courts throughout the world have shown a substantial degree of deference to those entities making broader allocation decisions, including MCOs in the US, but there has been little or no change in the basic malpractice principles as they apply to individual health care providers. Moreover, as noted elsewhere, there

are, to date, few Canadian cases on point. Despite numerous headline grabbing stories about possible liability concerns (Priest 2000) and oft cited cases, such as the *Law Estate v. Simice*, Canadian courts have yet to grapple with many of the issues raised in this paper. This means the evolution of Canadian tort law in response to health care reform, if an evolution is going to happen at all, has not even begun.

Finally, it should be noted that the common law will inevitably lag behind broader social change. It is, to a large degree, a reactive mechanism. Before a specific issue can be addressed it must be brought before the courts by an individual seeking compensation. Relying on a case-by-case evolution of malpractice law will not result in broadly based comprehensive reform. Though a rich and complex source of legal principles, malpractice jurisprudence is developed in a largely ad hoc manner. There is no nationally coordinated approach.

Specific Legislated Responses

Of course, the common law can be altered by the enactment of legislation. Policy makers concerned about the impact of the common law on health care reform initiatives could enact legislation to minimize or alter the nature of malpractice liability. For example, though not enacted for the purpose of facilitating health care reform, ERISA legislation has greatly limited the liability exposure of MCOs in the US. Similarly, a number of US jurisdiction have also enacted legislation in order to protect patients from the effects of aggressive cost containment initiatives. For instance, "[r]equirements to disclose financial incentives have been enacted in many states and are included in recent reforms to Medicare and Medicaid." (Miller and Sage 1999, 1424).

Such an approach faces a number of challenges. First, because this type of legislation would likely be considered a provincial matter, each province would need to craft and enact its own legislation. There are ways to coordinate such efforts, but variation in political philosophy and in approaches to health care reform would likely result in a patchwork of regulatory responses (as we have seen with provincial variation in the emerging health care reform legislation).

Second, the policy implications of limiting liability exposure through legislation should be carefully considered. As noted above, a number of scholars have suggested that the accountability associated with malpractice law helps to maintain a high standard of care and encourages all health care decision makers – from physicians to regional health authorities – to consider the needs of individual patients (Litman 2002; Cahill and Jacobson 2001; Prichard 1990). In addition, using legislation to limit liability exposure would make it even more difficult for patients to receive compensation. Indeed, the Prichard Report concluded that:

> [O]nly about 250 injured patients annually receive any compensation from the liability and compensation system and that this represents only a modest percentage (less than 10 percent) of those suffering negligent injury (Prichard 1990, principle finding 5).

Legislation that further inhibited the ability of patients to obtain compensation would only make this situation worse.

Comprehensive Tort Reform

The most dramatic reform option would be to address health care reform issues as part of a broader tort reform initiative. Over the past few decades, many authors have noted the general failings and inefficiencies of the existing medical malpractice system (e.g., Jacobi and Huberfeld 2001; Harvard Medical Practice Study, 1990). A number of countries, such as New Zealand and Sweden, already have medical no-fault systems (Elgie, Caulfield and Christie 1993). And, as a result, the adoption of a no-fault system continues to be considered.

> The central premise of this model is that patients need not prove negligence to access compensation. They must prove only that they have suffered an injury, that it was caused by medical care, and that it meets whatever severity or other threshold criteria apply. (Studdert and Brennan 2001)

The cost of medical malpractice insurance, though still not as high as in the US, is also relevant to this discussion. For some medical disciplines, such as in the area of obstetrics, the cost can be extremely high and in some jurisdictions the expenses are paid for, at least in part, through public dollars, thus adding to the overall cost of the health care system.

By dealing with the malpractice issues associated with health care reform within a broader tort reform initiative, policy makers could specifically design a scheme to facilitate health care reform, public health work and a reduction of medical error while, at the same time, ensuring that the opportunity for patient compensation is improved. Indeed, given the concerns highlighted in this paper, the emerging concerns associated with medical error, the rising cost of medical malpractice insurance and the ambivalent evidence supporting tort law as a mechanism of quality control, it may well be time to seriously consider the adoption of some form of no-fault scheme.

There are, of course, numerous challenges associated with the implementation of a no-fault scheme. For example, as with almost any legislative initiative impacting private law, it would need to be done on a province-by-province basis – thereby making it more difficult to remain nationally consistent. In addition, there are issues around the economic and administrative efficiencies of a no-fault system (however, it can certainly be argued that it could be at least as efficient as the existing fault based approach) (Bovbjerg and Sloan 1998; Elgie, Caulfield and Christie, 1993). Finally, despite a lack of strong data supporting the deterrent effect of tort law, there is concern we would lose the quality control benefits currently associated with the malpractice system. Indeed, this seems to be the primary reason that, in 1990, Prichard recommended that we maintain tort actions against health care providers (Prichard 1990).

The Need for More Research

While tort law may not be an effective health care reform tool, existing common law principles should not be viewed simply as a barrier to constructive social change. There are good reasons why tort and fiduciary law have placed such a strong emphasis on the health care provider's obligation to the patient. And the judiciary's continued deference to the ethical

principle of autonomy, which lies at the heart of much of this common law, is the result of centuries of socio-political development. Before steps are taken to erode or alter these well established social norms – for example, through the adoption of a no-fault scheme – Canadian society needs to carefully consider the long term trade-offs. Do we really want to reduce the impact of autonomy in the context of health care decision making? Would a lessening of the physician's fiduciary obligations result in a concomitant and detrimental reduction in the relationship of trust so essential to the health care setting? Of course, there is already a great body of literature considering medical ethics in this context (see, for example, Project Bibliography, Caulfield and von Tigerstrom, 2002, 272), but I believe more Canadian work is essential, particularly in relation to tort reform.

We also need more research on the actual social benefits and harms of malpractice jurisprudence. Since the 1990 Prichard Report, very little empirical work has been done on this tremendously expensive system.

> Given how much reliance society places on legal mechanisms to promote safety and the very large expense of liability systems, it is rather stunning that there is so little scientific evidence on how effectively liability and discipline perform (Bovbjerg. Miller and Shapiro 2001, 369).

Notes

1 I have had the opportunity to consider many of the issues discussed in this paper in a variety of different articles and book chapters, including: T. Caulfield, "Malpractice in the Age of Health Care Reform" in Barbara von Tigerstrom and Timothy Caulfield, eds. *Meeting the Challenge: Health Care Reform and the Law* (University of Alberta Press, 2002); T. Caulfield and K. Siminoski, "Physician Liability and Drug Formulary Restrictions" (2002) 166 Canadian Medical Association Journal 458; T. Caulfield and G. Robertson, "Cost Containment Mechanisms in Health Care: A Review of Private Law Issues" (1999) 27 Manitoba Law Journal 1; and T. Caulfield and D. Ginn, "The High Price of Full Disclosure: Informed Consent and Cost Containment in Health Care" (1994) 22 Manitoba Law Journal 328. This paper has been informed by and builds on these previous publications. I will not reference them again in this paper.

2 However, even if physicians are not liable for cost containment initiatives that cause an actual scarcity in resources, such situations may, nevertheless, create other legal challenges. For instance, physicians may need to become increasingly sensitive to the lack of resources available within a given jurisdiction. As noted by Robertson: "Lack of resources or equipment is also relevant in the context of the doctor's duty to refer. A doctor who does not have access to particular equipment or testing may be negligent in failing to refer the patient to another facility which does, or possibly in failing to inform the patient that it is available in another facility" (Robertson 1999, 89).

3 However, see *Elofson v. Davis* (1997), 49 Alta L.R. (3d) 327 (QB). To my knowledge, this is the only recent case where the locality rule has been explicitly accepted – largely in the hope that a reduced standard of care will encourage more physicians to practice in rural communities.

> The law recognizes and reflects public policy that a less stringent standard applies to a rural medical general practitioner. ... [T]he rural general practioner is badly needed in the rural areas of Canada, and in this case rural Alberta; and it is likely that if the rural practitioner was held to a higher standard, it would seriously increase the existing deterrent to rural practice (para 56 (QL)).

The case is also important as it represents one of the rare examples of a Canadian court, at least in a malpractice setting, lowering the standard of care in order to address a specific population health concern. Given the tone of recent jurisprudence relevant to the locality rule, this case must be viewed as an exception to the general rule reflected in *Sunnucks*. Nevertheless, from the perspective of this paper, the case is an interesting example of external policy concerns persuading the court to alter the legal standard.

4 In fact, the lack of relevant jurisprudence is quite surprising. Other than *Law Estate* and *McLean*, both 1994 decisions, there have been no other cost containment decisions. Given the huge cuts to the health care system that occurred in the mid-90s, I expected a large number of similar decisions. It is possible that the relevant cases have been litigated but settled prior to trial.

5 It is worth noting that it is certainly possible to sue government officials in relation to allocation decisions. In the well publicized case of *Decock v. Alberta* (2000) the Alberta Court of Appeal held that Premier Klein and the Minister of Health, Shirley McClellan, could be named in a malpractice law suit. In the case, the plaintiffs allege that "Klein and McClellan had a duty to ensure that they were provided with reasonable and proper medical care, attention and treatment, which duty was breached" (*Decock* 2000, paragraph 6). Of course, it is far from clear whether the plaintiffs will succeed.

References

Anderlik. 1998. *A New Weapon Against Managed Care Organizations: ERISA Perspective in Health Law, Health Law and Policy Institute, University of Houston* <www.law.uh.edu/LawCenter.> (29 July 2002).

Bloche, M. G. 1999. Clinical Loyalties and the Social Purposes of Medicine. *JAMA* 281, 268-274.

Bovbjerg, Randall, R. Miller, and D. Shapiro. 2001. Paths to Reducing Medical Injury: Professional Liability and Discipline vs. Patient Safety – and the Need for a Third Way. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 29, 369-380.

Bovbjerg, Randall, and Frank Sloan. 1998. No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence. *University of Cincinnati Law Review* 67, 53-123.

Cahill, M., and P. Jacobson. 2001. Pegram's Regress: A Missed Chance for Sensible Judicial Review of Managed Care Decisions. *American Journal of Law and Medicine* 27, 421-438.

The Canadian Press. 9 January 2000. "Treatment Wait May Harm Health, Cancer Centre Warns," *Edmonton Journal*, p. A9.

Caulfield, Timothy. 1994. Suing Hospitals, Health Authorities and the Government for Health Care Allocation Decisions. *Health Law Review* 3, 7-11.

Caulfield, T., and B. von Tigerstrom, eds. 2002. *Health Care Reform and the Law in Canada: Meeting the Challenge.* University of Alberta Press.

Caulfield T., and D. Ginn. 1994. The High Price of Full Disclosure: Informed Consent and Cost Containment in Health Care. *Manitoba Law Journal* 22, 328-344.

Caulfield, Timothy, Colleen Flood and Barbara von Tigerstrom. 2000. Comment: Bill 11, Health Care Protection Act. *Health Law Review* 9, 22-25.

Dickens, Bernard. 1999. Informed Consent, in *Canadian Health Law and Policy*, edited by Jocelyn Downie and Timothy Caulfield. Toronto, Butterworths. p. 117-141.

Elgie, Robert, T. Caulfield and M. Christie. 1993. Medical Injuries and Malpractice: Is it Time for 'No-Fault' *Health Law Journal* 1, 97-117.

Epstein, R. 1994. The Social Consequences of Common-Law Rules, in *Foundations of Tort Law*, edited by S. Levmore. Oxford University Press.

Fleming, John. 1983. *The Law of Torts*, 6th ed. Toronto: Carswell.

Health Care Consent Act, 1996, S.O., 1996, C. 2.

Irvine, John. 1994. Case Comment: *Law Estate v. Simice*. C.C.L.T. 21, 259.

Jacobi, John, and Nicole Huberfeld. 2001. Quality Control, Enterprise, Liability, and Disintermediation in Managed Care. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 29, 305-322.

Jacobson, Peter. July 1999. Legal Challenges to Managed Care Cost Containment Programs: An Initial Assessment: Are the courts willing to hold health plans accountable for the delay or denial of care? *Health Affairs* 18(4), 69-85.

Jacobson, P., E. Selvin and S. Pomfret. 2001. The Role of the Courts in Shaping Health Policy: An Empirical Analysis. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 29, 278-289.

Khanna, V., H. Silverman and J. Schwartz. 1999. Disclosure of Operating Practices by Managed Care Organizations to Consumers of Health Care: Obligations of Informed Consent. *Journal of Clinical. Ethics* 9, 291.

Klar, L.N. 1996. *Tort Law*. Toronto: Carswell.

Klein, Ralph. 8 January 2002. "Report of the Premier's Advisory Council on Health" <http://www.gov.ab.ca/acn/200201/11771.html> (29 July 2002).

Leape, L. 2001. Preventing Medical Accidents: Is "System Analysis" the Answer? American *Journal of Law and Medicine* 27, 145-148.

Lewis, S. et al. 2000. Ending waiting-list mismanagement: principles and practice. *CMAJ* 162, 1297-1300.

Lightstone, S. 1999. Waiting-list Worries Cause Calgary MDs to Prepare Letter for Patients. *CMAJ* 161, 183-184.

Litman, Moe. 2002. Fiduciary Law and For-Profit and Not-For-Profit Health Care in *Health Care Reform and the Law in Canada*, edited by Timothy Caulfield and Barb von Tigerstrom. University of Alberta Press. p. 85-130.

Mariner, Wendy. 2001. Slouching Toward Managed Care Liability: Reflections on Doctrinal Boundries, Paradigm Shifts and Incremental Reform. *Journal of Law Medicine and Ethics* 29, 253-77.

Martin, J., and L. Bjerknes. 1996. The Legal and Ethical Implications of Gag Clauses in Physician Contracts. *American Journal of Law & Medicine* 22, 433-476.

McPherson, A. 1991. The Oregon Plan: rationing in a rational society. *CMAJ* 145(11), 1444-1445.

Medical Post. 1994. Physician Survey.

Miller, F. 1992. Denial of Health Care and Informed Consent in English and American Law. *American Journal of Law & Medicine*. 18, 37-71.

Miller, T, and W. Sage. 1999. Disclosing Physician Financial Incentives. *JAMA* 281, 1424-1430.

Mohr, J. 2000. American Medical Malpractice Litigation in Historical Perspective. *JAMA* 283, 1731-37.

Nelson, Erin & T. Caulfield. 1998. You Can't Get There From Here: A Case Comment on *Arndt v. Smith*. *University of British Columbia Law Review* 32, 353-364.

Nelson, Erin. 1999. The Fundamentals of Consent, in *Canadian Health Law and Policy* edited by Jocelyn Downie and Timothy Caulfield. Toronto, Butterworths. p. 101-116.

Perkel, R. 1996. Ethics and Managed Care. *Medical Clinics of North America* 80, 263-278.

Perry, C. 1994. Conflicts of Interest and the Physician's Duty to Inform. *The American Journal for Medicine* 96, 375-380.

Picard, E. and G. Robertson. 1996. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada.* Toronto: Carswell.

Policy Perspective. 1997. For Our Patients, Not for Profit. *JAMA* 278, 1733.

Prichard, R. 1990. A Report of the Conference of Deputy Ministers of Health of the Federal/Provincial/Territorial Review on Liability and Compensation Issues in Health Care, in *Liability and Compensation in Health Care.* Toronto, University of Toronto Press.

Priest, L. 17 January 2000. "ER Crisis May Bring Rash of Suits," *Globe and Mail*, p. A1.

Renaud, M, et al. 1993. Canadian Physicians and Prenatal Diagnosis: Prudence and Ambivalence, in *Royal Commission on New Reproductive Technologies* 13, 235-507.

The Report of the Harvard Medical Practice Study to the State of New York. 1990. *Patients, Doctors, and Lawyers: Medical Injury, Malpractice Litigation and Patient Compensation in New York.* President and Fellows of Harvard College.

Robertson, Gerald. 1991. Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes. Canadian Bar Review* 70, 423-447.

____. 1999. Negligence and Malpractice, in *Canadian Health Law and Policy* edited by Jocelyn Downie and Timothy Caulfield. Toronto: Butterworths. p. 91-109.

Rodwin, Marc. 1995. Strain in the Fiduciary Metaphors: Divided Physician Loyalties and Obligations in a Changing Health Care System. *American Journal of Law and Medicine* 11, 241-257.

Salloum, S., and E. Franssen. 1993. Laboratory Investigation in General Practice. *Canadian Family Physician* 93, 1055.

Studdert, David, and Troyen Brennan. 2001. Toward a Workable Model of 'No-Fault' Compensation for Medical Injury in the United States. *American Journal of Law and Medicine* 27, 225-252.

Ubel, P. 2002. Physicians, Thou Shalt Ration: The Necessary Role of Bedside Rationing in Controlling Healthcare Costs. *Healthcare Papers* 2, 10-21.

Walker, A. 2002. The legal duty of physicians and hospitals to provide emergency care. *CMAJ* 166, 465-469.

Wolf, S. 1991. Toward a Systematic Theory of Informed Consent in Managed Care. 35 *Houston Law Review* 1631.

Case Law

Anderson v. Chasney, [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.)

Arndt v. Smith (1997), 148 D.L.R. (4th) 48 (S.C.C.)

Bateman v. Doiron (1991), 8 C.C.L.T. 284 (N.B.Q.B.); aff'd (1993), 18 C.C.L.T. 1 (N.B.C.A.)

Brown v. British Columbia [1994] 1 S.C.R. 420.

Canadian AIDS Society v. Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 388 (Gen. Div.).

Ciarlarliello v. Schacter, [1993] 2 S.C.R. 119.

Cox v. College of Optometrists of Ontario (1988) 65 O.R. 461 (Ont. High Ct.).

Crits v. Sylvester (1956), 1 D.L.R. 502 (Ont. C.A.); affd [1956] S.C.R. 991.

Decock v. Alberta [2000] A.J. No. 419 (C.A).

Dumais v. Hamilton [1998] A.J. No. 761 (Alta C.A.).

Elofson v. Davis (1997), 49 Alta L.R. (3a) 327 (QB).

Hall v. Hebert (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 93 at 118 (S.C.C.) cited in L. Klar, Tort Law (Toronto: Carswell, 1996) at 1.

Henderson v. Johnston (1956) 5 D.L.R. (2d) 524 (Ont. High Ct.)

Law Estate v. Simice (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 228 (B.C.S.C.) at 240, aff'd [1996] 4 W.W.R. 672 (C.A.).

McInerney v. MacDonald (1992), 93 D.L.R. (4th) 415 (S.C.C.).

McLean v. Car (1994) 363 A.P.R. 271 (Nfld. T.D.).

Meyer Estate v. Rogers (1991), 78 D.L.R. (4th) 307 (Ont. Gen. Div.)

Mickle v. Salvation Army Grace Hospital Windsor Ontario [1998] O.J. No. 4683 (Ont. Crt. Justice).

Moore v. Regents of the University of California 793 P. 2d 479 (Cal. 1990),

Norberg v. Wynrib (1992) 92 D.L.R. (4th) 449 (S.C.C.)

Pegram v. Herdrich, 120 S. Ct. 2143 (2000)

Peters -Brown v. Regina District Health Board [1995] S.J. No. 60 (Sask. Q.B.).

R v. O'Connor (1995), 130 D.L.R. (4th) 235 (S.C.C.).

R. v. Osolin (1993), 109 D.L.R. (4th) 478 (S.C.C.).

Reibl v. Hughes (1980) 114 D.L.R. (3rd) 1 (S.C.C.)

Seney v. Crooks [1998] A.J. No. 1060 (QL) (C.A.).

Sunnucks v. Tobique Valley Hospital (1999), 216 N.B.R. (2d) 201 (QB).

ter Neuzen v. Korn (1995), 127 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.).

Wickline v. State of California, 228 Cal. Rptr 661 (Cal. App. 2 Dist. 1986)

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada

Commission on the
Future of Health Care
in Canada

ÉTUDE Nº 24

Les principes de la common law en vigueur entravent-ils ou facilitent-ils le changement?

par
Timothy Caulfield
Université de l'Alberta

septembre 2002

N° de catalogue CP32-79/23-2002F-IN

ISBN 0-662-87723-3

Bien que les opinions exprimées dans ces études n'engagent que celles du ou des auteurs, toutes ces études furent soumises à un processus indépendant d'examen par des pairs. La Commission tient à remercier l'Institut des services et de politiques de la santé (ISPS) des Instituts de recherche en santé du Canada pour avoir assuré la surveillance et la bonne marche de ce processus d'examen des études par des pairs. La participation des auteurs, des examinateurs et de l'ISPS à la réalisation de ces études constitue un apport important aux travaux de la Commission et contribuera à l'héritage qu'elle laissera.

Le générique masculin sera utilisé uniquement dans le but d'alléger le texte.

Table des matières

Points saillants	**iv**
Sommaire	**v**
Introduction	**1**
Contexte	**2**
La faute professionnelle médicale et le degré de diligence prévu dans la loi	**4**
Le consentement éclairé dans le contexte de la réforme des soins de santé	**9**
Obligations de fiduciaire	**14**
Autres enjeux liés à la faute professionnelle	**17**
Un dilemme particulier au Canada?	**20**
Réformes possibles	**21**
Notes	**26**
Bibliographie	**28**

Points saillants

- Il se peut que les initiatives futures de réforme des soins de santé ne soient pas en harmonie avec les principes de la common law en vigueur sur la faute professionnelle.

- Le droit qui régit la responsabilité civile délictuelle et celui qui régit les obligations de fiduciaire visent avant tout les intérêts du patient et le maintien du degré de diligence prévu par la loi. On ne tient habituellement pas compte de préoccupations sociales plus générales comme l'équité.

- Comme la common law vise en général à renforcer le degré de diligence établi, il semble peu probable, du moins à court terme, que les tribunaux du Canada permettront que des réformes minent le degré de diligence prévu dans les lois en vigueur. Il s'ensuit que les médecins pourront se sentir obligés par la loi de ne pas tenir compte (consciemment ou non) de demandes visant à contenir activement les coûts.

- Les initiatives de réforme des soins de santé peuvent créer des dilemmes sans pareils dans le cas du consentement éclairé. On peut soutenir, par exemple, que les médecins sont tenus par la loi de divulguer des mesures de confinement des coûts et l'existence de possibilités de traitement dans le secteur privé.

- Le droit des obligations de fiduciaire oblige les prestateurs de soins de santé à concentrer leur attention à peu près exclusivement sur les meilleurs intérêts du patient. Il s'ensuit que le droit des obligations de fiduciaire sera pertinent à toute initiative de réforme des soins de santé dans un contexte où l'on demande clairement aux médecins d'intégrer d'autres facteurs, comme le confinement des coûts, dans le processus de prise de décisions cliniques.

- Les options possibles de réforme comprennent notamment celles qui laissent les tribunaux trancher les préoccupations stratégiques ou l'adoption des mesures législatives précises afin de réduire au minimum ou de modifier la nature de la responsabilité civile en cas de faute professionnelle. Les deux démarches ont toutefois des limites. Le fait de s'en remettre, par exemple, à l'évolution jurisprudentielle du droit qui régit la faute professionnelle n'entraînera pas de réforme intégrée générale.

- Enfin, les stratèges voudront peut-être aborder les enjeux de la réforme des soins de santé dans le contexte d'une initiative plus générale de réforme du droit qui régit la responsabilité civile délictuelle. Compte tenu des préoccupations décrites dans le présent document, des préoccupations nouvelles liées à l'erreur médicale et des preuves ambivalentes à l'appui du droit régissant la responsabilité civile délictuelle comme moyen de contrôle de la qualité, le moment est peut-être venu d'envisager sérieusement d'adopter un régime qui ne tient pas compte de la responsabilité.

Sommaire

Introduction

Ce document présente un aperçu de l'application et des ramifications possibles de la jurisprudence sur la faute professionnelle dans le contexte de la réforme des soins de santé au Canada. La nature mouvante du système de santé du Canada a eu et continuera d'avoir un impact énorme sur le milieu d'exercice de la profession pour la plupart des professionnels de la santé. Il n'y a toutefois pas beaucoup d'harmonie entre la majeure partie de ce changement et les principes de la common law en vigueur. Cette inadéquation découle en grande partie du fait que le droit de la responsabilité civile délictuelle et celui qui régit les obligations de fiduciaire visent avant tout les intérêts du patient et le maintien du degré de diligence prévu par la loi. On ne tient habituellement pas compte de préoccupations sociales plus générales comme l'équité. Ce qui pourrait donner naissance à une tension difficile sur le plan des politiques. Comme le signale Marc Rodwin, « les tendances et les opinions [dans le domaine de la réforme de la santé] incitent à croire qu'au lieu de chercher à promouvoir uniquement le mieux-être de chacun de leurs patients, les médecins et la profession médicale doivent aussi agir dans l'intérêt de la population qu'ils servent » (Rodwin 1995, 254).

Degré de diligence

La common law a toujours renforcé le degré de diligence établi. Il semble peu probable, du moins à court terme, que les tribunaux canadiens laisseront des initiatives de réforme miner le degré de diligence prévu dans les lois en vigueur. Le régime de la faute professionnelle posera donc des défis à la mise en œuvre d'une réforme axée sur les médecins.

Même si les pénuries réelles de ressources continueront certainement d'attirer la sympathie du judiciaire, les tribunaux du Canada aborderont avec soupçon les décisions conscientes de dispenser des soins inférieurs à la norme. C'est pourquoi les médecins pourront se sentir obligés par la loi de ne pas tenir compte (consciemment ou non) de demandes qui visent à confiner activement les coûts et pourront chercher des moyens de dispenser des soins dans le contexte du système financé par le secteur public – allant ainsi à l'encontre des efforts déployés pour réduire les dépenses sous forme d'initiatives comme la désassurance de services.

Cette conclusion comporte toutefois une mise en garde importante. Quelques cas seulement portent directement sur la question à l'étude et c'est pourquoi nous ne pouvons que deviner comment les tribunaux réagiront à de futurs cas qui mettront en cause des décisions sur la répartition des ressources. Compte tenu du ton de la loi en vigueur, il est néanmoins probable que tout changement prochain continuera d'établir une distinction entre la rareté réelle et les décisions délibérées de contenir les coûts.

Consentement éclairé

Les initiatives de réforme des soins de santé peuvent produire de nombreux dilemmes uniques qui mettent en cause le consentement éclairé. Tout d'abord, on peut soutenir que les

médecins sont tenus par la loi de divulguer toute mesure de confinement des coûts qui peut exercer des pressions sur les médecins afin qu'ils effectuent des interventions moindres ou différentes dans le domaine des soins de santé. C'est une chose que toute personne raisonnable dans la situation du patient voudrait savoir. Deuxièmement, les médecins peuvent aussi être tenus d'indiquer à leurs patients l'existence de services qui constituent une solution de rechange raisonnable mais ne sont pas disponibles dans le système public. Ce qui peut signifier aussi que les médecins sont tenus de divulguer à leurs patients l'existence d'options dans le secteur privé si l'on peut concevoir que c'est une chose que toute personne raisonnable dans la situation du patient voudrait savoir.

Comme dans le cas du droit de la responsabilité civile délictuelle en général, les principes du consentement éclairé ne feront pas grand-chose pour faciliter la mise en œuvre de réformes des soins de santé fondées sur des concepts plus généraux liés à l'équité sociale. Plus que tout domaine du droit de la santé, le consentement éclairé incarne le profond respect que la société accorde à l'autonomie personnelle. C'est pourquoi il vise à fournir aux patients des renseignements pertinents pour leur permettre de prendre des décisions en autonomie. Le fait de retenir de l'information ou d'en adapter la diffusion afin de respecter un programme social plus général entre directement en conflit avec les principes d'éthique qui sous-tendent la jurisprudence canadienne sur le consentement.

Obligations de fiduciaire

Les obligations de fiduciaire émanent de la relation de confiance qui existe entre le médecin et son patient. Le droit qui régit les obligations de fiduciaire oblige les prestateurs de soins de santé à concentrer leurs efforts à peu près exclusivement sur les meilleurs intérêts du patient. « La loyauté est la valeur fondamentale des relations de fiduciaire et, par conséquent, le point de convergence du droit des obligations de fiduciaire » (Litman 2002, 91). Il est donc clair que le droit des obligations de fiduciaire comme tel est pertinent à tout programme de réforme des soins de santé qui remet explicitement ou implicitement en question la nature de cette loyauté.

Le droit des obligations de fiduciaire accentue aussi les obligations de divulgation des prestateurs de soins de santé. Il met plus particulièrement l'accent sur le besoin de divulguer tout conflit d'intérêts possible ou apparent. C'est pourquoi il est certainement possible qu'une application des principes des obligations de fiduciaire dans ce contexte oblige les prestateurs de soins de santé à divulguer des renseignements sur des régimes d'incitatifs comme des programmes de capitation à l'origine de pressions contradictoires qui ont des répercussions sur les décisions relatives au traitement.

Autres enjeux liés à la faute professionnelle

Il y a beaucoup d'autres enjeux liés à la faute professionnelle dont il faut tenir compte dans ce contexte, y compris l'impact des principes de la common law en vigueur sur la prise des décisions dans les hôpitaux et le secteur public, le désir d'appuyer des équipes de recherche interdisciplinaires et la préoccupation croissante que soulève « l'erreur médicale ».

Options possibles de réforme

Réforme déclenchée par les tribunaux

Une option consiste à laisser les tribunaux du Canada trancher les préoccupations stratégiques décrites dans le présent document. Il est toutefois peu probable qu'une démarche fondée sur chaque cas individuel débouche sur un changement radical de la loi. Au fil des ans, les principes reliés à la faute professionnelle – et le droit de la responsabilité civile délictuelle en général – sont demeurés très constants. La norme, c'est le changement graduel et non les révisions radicales ou les changements de paradigme. De plus, il est inévitable que la common law ait du retard sur les changements plus généraux qui surviennent dans la société. Il s'agit en grande partie d'un mécanisme de réaction. L'évolution du droit sur la faute professionnelle fondée sur chaque cas n'entraînera pas de réforme intégrée générale.

Réactions précises imposées par la loi

Les stratèges préoccupés par l'impact de la common law sur les initiatives de réforme des soins de santé pourraient adopter des mesures législatives afin de réduire au minimum la responsabilité civile liée à la faute professionnelle ou d'en modifier la nature. Il y a de nombreux défis à relever dans ce cas. D'abord, comme on considérerait probablement que la question relève de la compétence des provinces, chacune d'entre elles devrait rédiger et adopter sa propre loi. Il y a des moyens de coordonner de tels efforts, mais les variations des philosophies politiques et des stratégies de réforme des soins de santé produiraient probablement toute une mosaïque de réponses réglementaires. Deuxièmement, il faudrait étudier avec soin les répercussions stratégiques de la limitation de l'exposition à la responsabilité civile par la législation (p. ex., que perdrait-on en modifiant l'exposition des médecins à la responsabilité civile dans ce contexte?).

Réforme intégrée de la responsabilité civile délictuelle (p. ex., adoption d'un régime qui ne tiendrait pas compte de la responsabilité)

La réforme la plus spectaculaire consisterait à aborder les questions de réforme des soins de santé dans le contexte d'une initiative plus générale de réforme de la responsabilité civile délictuelle. En abordant les enjeux de la faute professionnelle associés à la réforme des soins de santé dans le contexte d'une initiative plus générale de réforme de la responsabilité civile délictuelle, les stratèges pourraient concevoir spécifiquement un régime qui faciliterait la réforme des soins de santé et du travail dans le domaine de la santé publique, ainsi qu'une réduction de l'erreur médicale tout en garantissant une amélioration des possibilités d'indemniser les patients. Compte tenu des préoccupations décrites dans le présent document, des préoccupations nouvelles associées à l'erreur médicale et des preuves ambivalentes à l'appui du droit qui régit la responsabilité civile délictuelle comme moyen de contrôle de la qualité, il se pourrait très bien que le moment soit venu d'envisager sérieusement d'adopter un régime qui ne tient pas compte de la responsabilité.

« [L]es professionnels de la santé font face à des pressions de plus en plus lourdes qui les poussent à servir des fins mal harmonisées avec l'idéal de la fidélité envers les patients » (Bloche 1999, 268).

Introduction

Ce document présente un aperçu de l'application et des ramifications possibles de la jurisprudence sur la faute professionnelle dans le contexte de la réforme des soins de santé au Canada[1]. La nature mouvante du système de santé du Canada a eu et continuera d'avoir un impact énorme sur le milieu d'exercice de la profession pour la plupart des professionnels de la santé. Comme nous le verrons toutefois dans tout ce document, il n'y a pas beaucoup d'harmonie entre une grande partie de ce changement et les principes de la common law en vigueur. Cette inadéquation découle en grande partie du fait que le confinement des coûts et la réforme des soins de santé pourraient remettre en question des obligations bien établies par la loi. Comme le droit sur la responsabilité civile délictuelle et celui qui régit les obligations de fiduciaire visent en grande partie surtout les intérêts du patient et le maintien du degré de diligence prévu par la loi, on ne tient habituellement pas compte de préoccupations sociales plus générales comme l'équité sociale. Ce qui pourrait créer une tension entre les pressions associées au droit régissant la faute professionnelle, comme l'incitation à dispenser davantage de soins et à continuer de viser strictement les besoins du patient en cause, et les buts plus généraux de la réforme des soins de santé.

Ce document commence par un aperçu de la raison d'être du droit sur la faute professionnelle et de ses liens avec la réforme des soins de santé. Suit une analyse qui porte sur plusieurs aspects précis de la common law, y compris l'établissement et l'application du degré de diligence prévu dans la loi, les obligations relatives au consentement éclairé et le droit qui régit les obligations de fiduciaire. Nous verrons qu'en général, les principes de la common law en vigueur n'aident pas beaucoup à faciliter la réforme des soins de santé et peuvent constituer un obstacle important dans certains cas. Le document se termine sur un bref aperçu de quelques options stratégiques que l'on pourrait adopter pour répondre aux questions soulevées dans le présent document.

Contexte

La raison d'être et la pertinence du droit sur la responsabilité civile délictuelle

Même si d'autres aspects de la common law ont des liens évidents avec la pratique des soins de santé au Canada (comme le droit contractuel, le droit administratif, le droit sur les obligations de fiduciaire, et même le droit sur les biens), le droit sur la responsabilité civile délictuelle domine la jurisprudence qui porte sur le droit de la santé. Qui pense « droit de la santé » pense habituellement aux litiges pour faute professionnelle – qui ne représentent en grande partie qu'une application du droit régissant la responsabilité civile délictuelle dans le contexte des soins de santé. En fait, un grand nombre des obligations et des responsabilités de base que la loi impose aux prestateurs de soins de santé au Canada – qu'elles portent sur le consentement éclairé, la confidentialité et le degré de diligence approprié – découlent de litiges pour faute professionnelle. C'est pourquoi une grande partie de ce document de travail porte avant tout sur la pertinence et l'impact des principes de la responsabilité civile délictuelle. En outre, il portera en général sur les médecins, même si une grande partie de l'analyse vaut pour les autres professions de la santé.

En général, le droit qui régit la responsabilité civile délictuelle « offre à la personne qui a subi un préjudice découlant de la conduite fautive d'autrui un moyen d'obtenir réparation, habituellement sous forme de dommages-intérêts » (*Hall v. Hebert* 1993; Klar 1996, 1). Le droit sur la responsabilité civile délictuelle porte sur la responsabilité à l'égard des préjudices, la définit et précise quand et pourquoi un préjudice en particulier mérite réparation (Marimer 2001, 258). Le droit sur la responsabilité civile délictuelle a toutefois un autre but : il doit faire fonction de moyen de dissuasion et aider à établir et maintenir une norme de conduite donnée (Klar 1996). C'est-à-dire que la crainte de la responsabilité civile incitera des personnes, comme les médecins, faire preuve d'un certain degré de diligence – même si la validité de cette hypothèse soulève toujours des débats (Prichard 1990; Jacobi et Huberfeld 2001). Dans une étude canadienne bien connue, soit le rapport Prichard de 1990 sur la responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé, l'auteur conclut « qu'en fin de compte, la menace d'une poursuite en responsabilité civile pour négligence contre les professionnels et les établissements de soins de santé contribue de manière positive à l'amélioration de la qualité des soins dispensés et à la diminution du nombre de préjudices corporels évitables » (Prichard 1990, note de synthèse. Voir aussi Studdert et Brennan, 2001). Il y a toutefois peu de preuves réelles qui appuient l'utilisation du droit régissant la responsabilité civile délictuelle comme moyen de garantir des soins de santé de grande qualité (Bovbjerg, Miller et Shapiro 2001, 369).

Pertinence de la common law aux pratiques de soins de santé et à la réforme des soins de santé

Comme la common law joue un rôle important dans la définition des droits et des obligations des professionnels de la santé et des patients et comme elle incite à agir d'une certaine manière, il est essentiel d'en comprendre la pertinence dans le contexte des initiatives en

cours et possibles de réforme des soins de santé. Les poursuites en justice pour faute professionnelle sont établies en fonction de chaque cas. Elles portent avant tout sur les droits et les obligations de médecins et de patients en particulier devant la loi. Il est évident que les principes du droit sur la responsabilité civile délictuelle ont une utilité sociale, mais les droits et les obligations des patients et des médecins sont rarement subordonnés aux besoins du système de santé en général. Par exemple, comme on le verra plus en détail ci-dessous, la jurisprudence sur le consentement éclairé émane directement de l'application du principe déontologique de l'autonomie (*Ciarlariello v. Schacter*, 1993) et l'on tient rarement compte des besoins de tiers, si on ne le fait jamais.

De nombreuses initiatives de réforme obligeront toutefois à peser les besoins de la population en général en fonction de ceux de personnes en particulier. Comme les médecins demeurent un point de convergence et de contrôle dans l'utilisation des ressources de la santé, il est aussi inévitable que les initiatives de réforme des soins de santé les mettent en cause (Perkel 1996, 266). Or, plus on demande aux médecins de participer activement au confinement des coûts, plus la possibilité de mettre à l'épreuve des normes légales en vigueur augmente – en particulier si la réforme des soins de santé modifie la dynamique qui existe entre le médecin et le patient. Comme le signale Marc Rodwin, « les tendances et les opinions [qui ont trait à la réforme de la santé] incitent à penser qu'au lieu de chercher à promouvoir seulement le bien-être de patients en particulier, les médecins et les organisations médicales doivent aussi agir dans l'intérêt de la population qu'ils servent » (Rodwin 1995, 254). Même si une telle démarche repose très certainement sur de solides justifications liées aux politiques, le droit canadien sur la faute professionnelle ne peut faire face à ce virage, du moins pour le moment.

Impact du droit qui régit la faute professionnelle sur le comportement des prestateurs de soins de santé

On ne sait toujours pas trop si, dans l'ensemble, la crainte de la responsabilité civile à la suite d'une faute professionnelle exerce une influence positive sur le comportement des médecins et la qualité des soins (Prichard, 1990). Elle semble toutefois avoir un effet sur la façon de pratiquer des médecins. De nombreuses études ont révélé que les médecins sont conscients des préoccupations reliées à la responsabilité civile. Ils semblent en général croire que la pression exercée par la faute professionnelle les encourage à dispenser plus de soins – pratique souvent qualifiée de « médecine préventive ».

Pour citer quelques exemples seulement de données d'enquêtes pertinentes, une enquête réalisée en 1994 auprès des médecins du Canada a révélé que 70 % pensaient que « le risque de poursuite pour faute professionnelle oblige les médecins à prescrire des examens qui ne sont peut-être pas nécessaires » (*Medical Post* 1994). Une autre étude a révélé que 91 % des médecins sondés « croyaient qu'un risque perçu de litige avait un effet sur leur comportement de prescripteur d'examens » (Salloum et Franssen 1993). Une étude réalisée pour le compte de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction a conclu que 62 % des médecins de l'Alberta croient que la crainte de poursuites en justice les incitera à prescrire plus de DPN qu'il n'en faut sur le plan médical (Renaud 1993).

La faute professionnelle médicale et le degré de diligence prévu dans la loi

Dans cette section, j'explique comment le degré de diligence prévu dans la loi s'établit au Canada et j'analyse l'interaction possible entre les initiatives de réforme de la santé et la norme prévue dans la loi.

Établissement au Canada du degré de diligence prévu dans la loi

Au Canada, comme dans beaucoup d'administrations régies par la common law, on détermine le degré de diligence établi par la loi en examinant le « degré de prudence et de compétence que l'on peut raisonnablement attendre d'un praticien ordinaire et prudent » (*Crits v. Sylvester* 1956, 508). La Cour suprême du Canada a affirmé cette règle dans l'affaire *ter Neuzen v. Korn* : elle a alors affirmé que tout médecin « doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances » (*ter Neuzen v. Korn* 1995, 588). Les guides de pratique nationaux, voire même internationaux, sont de plus en plus courants – surtout à notre époque de la médecine factuelle. Aussi bien formulés soient-ils, les guides de pratique ne constituent toutefois qu'un élément de preuve dans la définition du degré de diligence prévu par la loi. L'analyse individuelle de chaque cas demeure la norme. Sur le plan pratique, cela signifie que l'on réexamine le degré de diligence dans le contexte de chaque poursuite en justice et qu'il est en général établi par la profession de la santé même, soit par les témoignages d'experts qu'elle présente.

Grâce aux innovations et aux améliorations constantes que connaît la pratique clinique, le degré de diligence a en général évolué pour devenir de plus en plus rigoureux (Mohr 2000). Comme le signale le P[r] Robertson : « La technologie et les connaissances médicales évoluent constamment, et il se peut qu'une pratique médicale raisonnable il y a quelques années ne le soit plus nécessairement aujourd'hui » (Robertson 1999, 87). Il y a en fait eu très peu de cas où un tribunal canadien a proposé de relâcher le degré de diligence prévu par la loi en vigueur. Des tribunaux ont déjà dû se demander si le degré de diligence légal établi par la profession est indûment faible (p. ex., *ter Neuzen v. Korn* 1995; *Anderson v. Chasney* 1950) ou s'il était possible, compte tenu des circonstances, de se conformer au degré de diligence prévu dans la loi (*Bateman v. Doiron* 1991, 291). Il est toutefois arrivé dans quelques cas que l'on a jugé trop rigoureux le degré de diligence *légal* établi (voir toutefois *Elofson v. Davis*, dont il est question ci-dessous).

Étant donné que le contrôle de la qualité est, à tort ou à raison, un des buts entendus du droit sur la responsabilité civile délictuelle, ce respect des normes établies est logique. Laisser glisser le degré de diligence équivaudrait à juger appropriés des soins de qualité inférieure. De plus, comme la norme est établie dans chaque cas individuellement, les juges semblent hésiter à imposer à un plaignant lésé en particulier le fardeau des préoccupations plus générales reliées aux politiques de la santé.

Pertinence des stratégies de réforme des soins de santé pour les enjeux de la responsabilité civile

La tendance du judiciaire à renforcer un degré de diligence établi pourrait bien entendu avoir des répercussions importantes sur toute initiative de réforme des soins de santé qui exerce sur les médecins des pressions pour qu'ils fassent preuve d'une diligence moindre (voire différente). La décision de la Colombie-Britannique rendue dans l'affaire *Law Estate v. Simice* (1994; voir aussi Irvine 1994), une des rares affaires canadiennes où un tribunal a dû tenir compte des répercussions que les pressions au confinement des coûts ont eues sur la décision clinique prise par un médecin, illustre bien l'effet que peuvent avoir les principes de la responsabilité civile délictuelle en vigueur. Dans cette affaire, un patient s'est présenté à l'urgence se plaignant d'un mal de tête. Le patient est mort par la suite d'un anévrisme. Une des questions critiques visait à déterminer pourquoi on ne lui a pas fait subir une tomodensitométrie en temps opportun. Pour expliquer pourquoi il n'avait pas commandé de tomodensitométrie, le médecin accusé a affirmé notamment dans sa réponse que le régime d'assurance de la province limitait l'utilisation de ces outils de diagnostic. À cet égard, Spencer J. déclarait ce qui suit :

> [S]il faut choisir entre la responsabilité d'un médecin envers son patient et celle qu'il a envers le régime d'assurance-maladie dans l'ensemble, la première doit alors l'emporter. Le préjudice que peut subir le patient pour lequel on ne pose pas de diagnostic est beaucoup plus grave que le préjudice financier que subira le système d'assurance-maladie si une seule tomodensitométrie supplémentaire montre que le patient n'a pas de problème médical grave.

Plus que toute autre affaire tranchée au Canada, cette déclaration d'un tribunal décrit de façon spectaculaire le dilemme auquel les médecins et les décideurs chargés des politiques de la santé font face dans un tel contexte. Ce juge est d'avis que les médecins devraient ne pas tenir compte des appels à la modération financière et concentrer leur attention sur les besoins du patient qu'ils traitent. Les pressions exercées en faveur du confinement des coûts ne serviront pas à excuser des soins de qualité moindre.

L'affaire *McLean v. Carr* (1994) à Terre-Neuve, qui portait aussi sur l'inexécution d'une tomodensitométrie, présente une analyse semblable. Même si le juge chargé de l'affaire *McLean* parvient à une conclusion semblable à celui qui a tranché dans l'affaire *Law Estate*, dans le premier cas, le juge laisse entendre que des renseignements portant sur le coût des tomodensitométries peuvent avoir joué sur sa décision portant sur la diligence appropriée.

> La question porte sur la rentabilité des précautions que l'on aurait pu prendre. On a soutenu qu'il coûtait trop cher, en 1987, de soumettre à une tomodensitométrie tous les patients victimes d'un traumatisme à la tête. On ne m'a toutefois présenté aucune preuve pour établir qu'il serait prohibitif de soumettre à une tomodensitométrie non pas tous les patients, mais seulement ceux dont le crâne a subi un impact considérable qui a provoqué une fracture. (*McLean v. Carr* 1994, 289).

Une « règle dite du milieu » de nature financière?

Même si elles sont controversées dans l'optique de la réforme des soins de santé, les conclusions tirées dans les affaires *Law Estate* et *McLean* sont entièrement conformes à la théorie et à la jurisprudence actuelles qui ont trait à la responsabilité civile délictuelle. Jusqu'à un certain point, l'idée d'invoquer l'existence de stratégies de confinement des coûts comme « excuse » pour dispenser des soins inférieurs à la norme n'est en réalité pas étrangère aux enjeux légaux associés à la pratique de la médecine en milieu rural, où les médecins doivent souvent se débrouiller avec moins de ressources. Dans de telles situations, les tribunaux ont toujours manifesté de la sympathie à l'égard du fait que les médecins peuvent être appelés à pratiquer dans des circonstances qui sont loin d'être idéales. En général, les tribunaux ne trouveront pas un médecin coupable de négligence pour avoir dispensé des soins inférieurs à la norme s'il a fait de son mieux avec les ressources dont il disposait.

Même si elle ne s'est pas déroulée en contexte rural, l'affaire *Bateman v. Doiron* constitue un bon exemple de la façon dont les tribunaux traitent les situations de rareté réelle. On a soutenu dans cette affaire que l'hôpital avait fait preuve de négligence parce qu'il avait affecté à son service d'urgence des médecins de famille plutôt que des spécialistes. Le plaignant a été admis à l'urgence de l'Hôpital de Moncton car il avait des douleurs à la poitrine et il a affirmé que le défendeur, médecin de famille, n'a pas agi comme il le fallait dans ce cas. On a soutenu que l'hôpital n'avait pas fait preuve de négligence en faisant appel à des médecins de famille s'ils étaient les seuls disponibles. Autrement dit, à cause d'une rareté réelle des ressources nécessaires, soit des urgentologues, on ne pouvait tenir l'hôpital responsable de ne pas s'être conformé au degré de diligence prévu par la loi. « La non-disponibilité de personnel formé et chevronné, sans parler des problèmes d'affectation de ressources accessoires, rend ce degré de diligence tout simplement irréaliste, même s'il est souhaitable » (*Bateman v. Doiron* 1991, 291)[2].

Les tribunaux du Canada ont toutefois hésité énormément à laisser des circonstances de l'extérieur, comme le manque de ressources, entraîner une baisse réelle du degré de diligence. L'appareil judiciaire canadien a, par exemple, rejeté en grande partie l'idée selon laquelle les tribunaux devraient appliquer le concept d'une « règle dite du milieu » – c.-à-d. modifier le degré de diligence en fonction de ceux qui pratiquent en milieu rural. Dans l'affaire *Sunnucks v. Tobique Valley Hospital* intentée pour faute professionnelle en 1999, par exemple, la cour a résumé la pensée de l'heure en ce qui concerne l'application de la règle dite du milieu.

> Les experts cités à comparaître par les médecins défendeurs ont souvent fait allusion aux problèmes auxquels les médecins font face dans les régions rurales, comme le manque de spécialistes vers lesquels diriger des patients, le manque d'installations, la longueur des périodes d'attente et le surmenage général. Cette « règle dite du milieu » a soulevé de vives critiques à la fois de la part des tribunaux et dans divers ouvrages de droit. La règle établit simplement que le degré de diligence de la profession dépend de la conduite acceptable de la collectivité ou de collectivités semblables. Le danger, c'est que la distinction entre les milieux rural et urbain risque de créer un double degré de diligence fondé sur la géographie à cause duquel on pourrait juger adéquats dans certaines régions

> des soins de santé de qualité inférieure. Le degré de diligence que le D[r] Wecker devait au plaignant est exactement le même que celui qu'on attend d'un médecin en milieu urbain (*Sunnucks v. Tobique Valley Hospital* 1999, 280-1)[3].

Cette hésitation générale des tribunaux régis par la common law d'abaisser le degré de diligence imprègne une grande partie du droit sur la responsabilité civile délictuelle. Elle se reflète aussi, par exemple, dans la démarche rigoureuse suivie pour fixer le degré de diligence imposé aux débutants d'une profession donnée. Même s'il importe d'encourager et d'appuyer les nouveaux professionnels de la santé, les tribunaux régis par la common law n'abaisseront pas le degré de diligence afin d'atténuer l'exposition à la responsabilité civile des stagiaires en formation. John Fleming résume très bien la justification de cette attitude :

> Même s'il faut encourager [les débutants], il est tout aussi évident qu'ils causent un pourcentage plus que proportionnel d'accidents. Le besoin social primordial d'indemniser les victimes d'accident l'emporte toutefois clairement sur toutes les considérations rivales et c'est pourquoi le débutant doit se conformer au même degré de diligence que ceux qui sont raisonnablement qualifiés et compétents dans la profession ou l'activité en cause (Fleming 1983, 105).

Répercussions

L'actuel régime de la faute professionnelle posera des défis à la mise en œuvre d'une réforme axée sur les médecins. Comme nous l'avons vu ci-dessus, il semble assez clair que la crainte de la responsabilité civile a des répercussions sur la façon de pratiquer des prestateurs des soins de santé. Le droit qui régit la responsabilité civile délictuelle encourage en général à dispenser davantage de soins, ce qui augmente le coût pour le système de santé. Il y a toutefois plus important : s'il demeure vrai que les prestateurs de soins de santé seront tenus responsables de traumatismes associés à une initiative de réforme des soins de santé, les médecins pourront résister (consciemment ou non) à la mise en œuvre de mesures de confinement des coûts qui les obligent à tenir compte de facteurs économiques dans leurs décisions cliniques, ce qui est compréhensible.

Les préoccupations liées à la responsabilité civile peuvent aussi avoir d'autres répercussions plus subtiles sur les mesures de confinement des coûts. La désassurance de services de santé actuellement couverts, par exemple, est un moyen (qui a toutefois soulevé de vives critiques) que l'on a proposé pour aider à contrôler les coûts des soins de santé (p. ex., Rapport du Conseil consultatif du premier ministre de l'Alberta sur la Santé 2002). Comme la responsabilité civile délictuelle encourage en général à dispenser des soins, elle peut aussi encourager les médecins à poser des diagnostics de façon à assurer que le système public continuera de couvrir leurs patients – ce qui va une fois de plus à l'encontre du but que constitue le confinement des coûts. On a constaté que ce phénomène dit de la « dérive des diagnostics » constituait un des problèmes du « plan de l'Orégon » bien connu (McPhearson 1991).

On peut en outre soutenir que le droit qui régit la responsabilité civile délictuelle encourage des pratiques de soins de santé plus agressives (c.-à-d. examens de diagnostic plus nombreux, médicaments plus nombreux, etc.). Il peut ainsi augmenter le nombre de

traumatismes iatrogènes, ce qui coûte en retour de l'argent au système de santé – même s'il y a jusqu'à maintenant peu de données à ce sujet (voir Studdert et Brennan 2001).

En résumé, l'interaction entre les initiatives de réforme des soins de santé et le droit qui régit la faute professionnelle médicale pourrait donner naissance à de nombreux dilemmes sans pareils sur le plan des lois et des politiques. Il semble peu probable, du moins à court terme, que les tribunaux du Canada laisseront des initiatives de réforme miner le degré de diligence prévu dans la loi en vigueur. Même si le judiciaire continuera certainement de montrer de la sympathie à l'égard des pénuries réelles de ressources, les tribunaux du Canada se montreront soupçonneux face aux décisions prises consciemment de fournir des soins de qualité moindre. C'est pourquoi les médecins peuvent se sentir légalement tenus d'oublier (consciemment ou non) les demandes de confiner activement les coûts et peuvent chercher des moyens de dispenser des soins dans le cadre du système financé par le secteur public, allant ainsi à l'encontre des efforts déployés pour réduire les dépenses par des initiatives comme la désassurance de services.

Cette conclusion comporte toutefois une importante mise en garde. Comme on l'a signalé ci-dessus, les cas directement pertinents sont peu nombreux et c'est pourquoi nous pouvons seulement deviner la réaction des tribunaux dans des affaires à venir qui mettront en cause des décisions sur l'affectation de ressources[4]. Cela dit, la majeure partie de la jurisprudence pertinente indique que les tribunaux du Canada continueront d'insister sur le maintien du degré de diligence et sur l'orientation des médecins vers les meilleurs intérêts du patient. Le droit qui régit la responsabilité civile délictuelle devra toutefois suivre un jour l'évolution du contexte des soins de santé. Comme un auteur l'a laissé entendre récemment, « il se peut que les tribunaux hésitent au départ à appuyer un tel recul de la norme médicale, mais le droit qui régit la négligence doit finir par s'adapter aux réalités de l'économie des soins de santé », (Walker 2002, 7/10).

Compte tenu du ton du droit en vigueur, je soupçonne néanmoins que tout changement à venir continuera d'établir une distinction entre la rareté réelle et les décisions prises consciemment de limiter les coûts. Une telle distinction s'harmonise très bien avec la jurisprudence en vigueur sur la négligence. Enfin, les hypothèses sur la façon dont le droit qui régit la responsabilité civile délictuelle pourra s'adapter à la réforme des soins de santé ne sont pas très pertinentes aux efforts courants de réforme du système. Jusqu'à ce qu'il y ait plus de cas canadiens pertinents pour donner aux médecins une orientation dont ils ont grand besoin (Walker, 2002), les prestateurs de soins de santé devront travailler dans le contexte actuel des incertitudes devant la loi et des préoccupations reliées à la responsabilité civile.

Le consentement éclairé dans le contexte de la réforme des soins de santé

Le droit qui régit le consentement et le consentement éclairé constitue un élément important de la jurisprudence canadienne sur le droit de la santé. Il témoigne du profond respect de notre société envers le principe déontologique de l'autonomie, qui joue un rôle pivot dans la définition de la nature de la relation médecin-patient. Dans cette partie, je passe en revue le droit fondamental sur le consentement éclairé et j'analyse sa pertinence pour la réforme des soins de santé au Canada et ses répercussions sur la réforme.

Critère de divulgation

Le Canada a une riche masse de jurisprudence qui porte sur tous les aspects du processus d'obtention du consentement (Nelson 1999; Dickens 1999; et Picard et Robertson 1996). Certaines administrations ont codifié les principes fondamentaux du consentement dans une mesure législative (voir *Loi sur le consentement aux soins de santé,* L.O. 1996 par. 11(1)). Sauf dans quelques rares circonstances, comme en cas d'urgence, les prestateurs de soins de santé doivent obtenir le consentement du patient avant de procéder à toute intervention reliée aux soins de santé. Pour que le consentement soit valide devant la loi, les prestateurs de soins de santé doivent fournir aux patients tous les renseignements importants sur l'intervention reliée aux soins de santé. Autrement dit, le consentement doit être éclairé. Dans l'arrêt faisant autorité qu'elle a rendu dans l'affaire *Reibl c. Hughes*, la Cour suprême du Canada a défini les renseignements importants comme tout ce qu'une personne raisonnable dans la situation du patient voudrait savoir (*Reibl c. Hughes* 1980). La non-divulgation de ces renseignements constitue une négligence de la part du médecin.

Depuis la décision *Reibl,* les tribunaux du Canada ont eu de nombreuses occasions d'interpréter le champ d'application de l'obligation du médecin. En général, cette jurisprudence a toujours étendu l'obligation de divulguer du médecin, ce qui est attribuable en partie au rôle dominant que le principe de l'autonomie a joué dans l'évolution de la jurisprudence sur le consentement. Dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Ciarlarliello c. Schacter*, par exemple, la Cour suprême du Canada a déclaré que « ce concept de l'autonomie individuelle forme un élément de base de la common law et est le fondement de l'obligation de divulgation envers le patient » (*Ciarlarliello* c. *Schacter*, 1993). Cette importance accordée à l'autonomie a fait disparaître l'attitude paternaliste face aux décisions relatives à la divulgation et a permis aux tribunaux de concentrer leur attention sur ce qu'un patient raisonnable voudrait savoir (Dickens 1999, 131). C'est pourquoi des facteurs de l'extérieur ont rarement un effet, s'il en est, sur l'envergure de l'obligation de divulguer. Le respect que les tribunaux accordent à l'autonomie (*McInerney v. McDonald*) l'emporte en grande partie même sur la retenue d'information pour le bien du patient – pratique appelée « mensonge médical ».

Obligations de divulguer dans le contexte de la réforme des soins de santé

Il se peut que les initiatives de réforme des soins de santé aient eu des répercussions inusitées sur le processus d'obtention du consentement éclairé. Tout d'abord, on peut soutenir que la loi oblige les médecins à divulguer de l'information sur toute mesure de confinement des coûts qui peut les pousser à dispenser des interventions moins nombreuses ou différentes dans le domaine des soins de santé (Caulfield & Ginn 1994; Miller 1992; Picard et Robertson 1996, 131-132). Il se peut, par exemple, qu'un médecin soit tenu de dévoiler aux patients qu'une politique de la régie régionale de la santé vise à réduire le nombre des interventions de diagnostic. Même si ces renseignements ne constituent pas les données habituelles sur le « risque médical » que l'on associe le plus souvent au processus d'obtention du consentement, il s'agit clairement de renseignements qu'une personne raisonnable dans la situation du patient voudrait connaître. Le P[r] Wolf a en fait signalé qu'il « est difficile d'imaginer des renseignements plus importants » que ceux qui portent sur des facteurs qui ont des répercussions sur le processus de prise de décisions cliniques (Wolf 1999, 1661). Les médecins devraient de même divulguer aux patients des renseignements sur tout risque supplémentaire que l'on pourrait associer à la mise en œuvre d'une réforme des soins de santé ou d'une mesure de confinement des coûts (p. ex., les risques, s'il en est, que l'on associe aux listes d'attente).

Deuxièmement, les médecins peuvent aussi être tenus d'indiquer aux patients l'existence de services qui constituent une solution de rechange raisonnable mais ne sont pas disponible dans le système public. En Alberta, p. ex., le Conseil consultatif du premier ministre sur la santé (2002) a recommandé dans son récent rapport de désassurer certaines interventions. Si le gouvernement désassure des services qu'un prestateur de soins de santé aurait normalement considérés comme un traitement possible, il faut quand même divulguer cette option (voir *Seney v. Crooks* 1998). Cela peut signifier aussi que les médecins sont tenus d'informer les patients de l'existence, dans le secteur privé, d'options qui peuvent être disponibles à la fois à l'intérieur et à l'extérieur d'un territoire donné si l'on peut concevoir qu'il s'agit de renseignements qu'une personne raisonnable dans la situation du patient voudrait connaître. Il n'est pas nécessaire de divulguer les options offertes par le secteur privé qui ne sont pas sensiblement différentes, plus rapides ou plus commodes. S'il existe toutefois dans le secteur privé une option donnant accès à une intervention qui réduirait les risques pour le patient ou accès plus rapidement à un service médicalement nécessaire, il faut probablement la divulguer. Il s'agit, là encore, d'un renseignement qu'une personne raisonnable dans la situation du patient voudrait connaître. Comme l'a suggéré le P[r] Dickens :

> Si les patients peuvent se payer les soins indiqués dans un autre hôpital, une autre ville ou province, ou à l'étranger, les médecins peuvent être tenus de les informer parce que l'option peut être importante pour le choix que les patients doivent faire entre accepter des soins de qualité moindre ou chercher ailleurs des soins de qualité supérieure. Les médecins qui ne savent pas si les patients ont les moyens de se payer de tels services devraient leur poser la question (Dickens 1999, 133).

Il est intéressant de signaler qu'au moins un groupe de médecins a décidé d'aborder officiellement cette question du consentement. L'Association du personnel médical de la Région de Calgary a distribué récemment à tous ses membres (Lightstone 1999) une lettre type sous

forme de fiche d'information que l'on peut remettre à des patients inscrits sur une liste où ils attendent toutes sortes de services médicaux (p. ex., IRM, consultations de spécialistes, etc.). Dans la lettre, on prévient les patients que « la période d'attente pour l'intervention [en cause] comporte certains risques ». On ajoute ensuite que : « Vous voudrez peut-être communiquer aussi avec d'autres centres de l'Alberta ou d'ailleurs au Canada pour déterminer si le service dont vous avez besoin est disponible plus rapidement. Vous pouvez aussi vous rendre à l'étranger et obtenir peut-être le service sur-le-champ » (l'auteur a une copie de la lettre en dossier). De même, en janvier 2000, on a signalé que de nombreux hôpitaux de Toronto demandaient aux patients de signer des exonérations de responsabilité « décrivant les dangers que posent les longues listes d'attente pour recevoir des soins » (La Presse canadienne 2000, A9). On a laissé entendre que « l'exonération de responsabilité établit par écrit que le patient est parfaitement au courant des risques que représente pour la santé son inscription sur une longue liste d'attente » (A9).

Même si la divulgation d'information sur l'existence et l'impact de mesures de réforme des soins de santé peut sembler pousser à l'extrême l'application de la doctrine du consentement éclairé, elle s'inscrit clairement dans le contexte de la jurisprudence en vigueur. Il s'agit de renseignements qu'une personne raisonnable dans la situation du patient peut vouloir connaître. Une telle divulgation repose de plus sur de nombreuses justifications stratégiques légales. Tout d'abord, ces renseignements « peuvent responsabiliser les consommateurs » et « encourager le dialogue entre consommateurs, médecins [et] organismes de réglementation locaux » (Khanna, et al. 1999, 292). Deuxièmement, de tels renseignements peuvent, dans certaines circonstances, aider les patients à faire un choix entre différents prestateurs. Un patient peut souhaiter trouver un médecin qui n'a pas les mêmes contraintes ou qui n'a pas, par exemple, une longue liste d'attente. Comme l'ont signalé Lewis et al., « un patient peut languir longtemps sur la liste d'attente d'un médecin sans savoir qu'un autre médecin pourrait dispenser beaucoup plus tôt le service dont il a besoin » (Lewis 2000, 1299). Ce qui peut en retour encourager les médecins à gérer leurs ressources (p. ex., listes d'attente) de façon plus efficiente. Troisièmement, et ce qui est très important, retenir des renseignements qui peuvent être pertinents à la prestation d'un service de santé, c'est adopter une attitude paternaliste qui constituerait un contraste frappant par rapport à la tendance de la philosophie et de la loi.

Répercussions

Dans ce contexte, l'application du droit sur le consentement éclairé pourrait donner naissance à de nombreux dilemmes sur le plan stratégique. Obliger les médecins à fournir des renseignements sur des options offertes par le secteur privé pourrait, par exemple, faciliter l'apparition d'une « deuxième vitesse en médecine ». Ce qui pourrait être particulièrement offensant pour les prestateurs de soins de santé qui appuient fermement le système de santé public. En entendant leur médecin parler d'installations privées, les patients pourraient certainement considérer qu'il fait de la « publicité » pour une option de traitement qu'ils n'envisageaient peut-être pas. Il se peut en outre que certains patients n'aient pas les moyens financiers de recourir à des options privées. Ceux-ci pourraient trouver cruel et inapproprié sur le plan déontologique qu'on leur parle d'options offertes par le secteur privé dans le domaine des soins de santé qui sont hors de leur portée.

Ces préoccupations sont toutes fondées, mais elles ne modifient pas les obligations de divulguer que la loi impose aux médecins. Comme on l'a signalé ci-dessus, c'est dans de rares cas seulement que les médecins peuvent ne pas divulguer des renseignements pour le bien du patient – concept que l'on appelle « mensonge médical ». Dans l'affaire *Meyer Estate v. Rogers*, par exemple, un médecin a retenu intentionnellement des renseignements sur les risques associés aux milieux de contraste. La cour a déclaré que l'exception à l'obligation de divulguer du médecin que constitue le « mensonge médical » ne devrait pas faire partie du droit canadien parce qu'elle pourrait miner l'obligation d'obtenir un consentement éclairé (*Meyer Estate v. Rogers* 1991. Voir aussi *McInerney v. MacDonald* 1992; et Picard & Robertson 1996, 147-149). Il est peu probable qu'un tribunal canadien justifierait l'exercice du mensonge médical par la crainte que son incapacité de recourir à des options offertes par le secteur privé ne perturbe un patient à faible revenu. Au contraire : le médecin ne devrait pas présumer de la réaction du patient ou de l'utilisation qu'il fera des renseignements en question. Il est aussi probable que la préoccupation personnelle au sujet des conséquences sociales de la divulgation de renseignements ne fera pas grand-chose pour limiter les obligations de divulguer qui sont imposées au médecin. Comme dans le cas d'autres questions porteuses de valeurs, comme l'avortement, les médecins doivent être prudents et éviter de laisser leurs opinions personnelles empiéter sur les obligations que leur imposent la loi et la déontologie.

Il y a un autre enjeu stratégique intéressant associé à ce qu'on appelle le « critère de causalité ». Même si le droit du consentement au Canada impose aux prestateurs de soins de santé des obligations de divulguer de plus en plus lourdes, il est encore difficile pour les plaignants ou les patients d'avoir gain de cause lorsqu'ils intentent des poursuites fondées sur le droit du consentement éclairé parce que les plaignants doivent convaincre le tribunal que « n'eût été » la non-divulgation, ils n'auraient pas reçu le traitement (ou en auraient reçu un autre) et, par conséquent, n'auraient pas subi de préjudice. Les patients ont eu beaucoup de difficulté à satisfaire à ce volet causalité dans toute poursuite fondée sur le droit relatif au consentement éclairé (*Arndt v. Smith* 1997; Nelson & Caulfield 1998; Robertson 1991).

Ce dilemme lié à la causalité peut avoir des répercussions particulièrement bizarres dans le contexte de cas liés à la « réforme des soins de santé ». Pour illustrer le problème, imaginons l'issue possible d'un tel cas dans la réalité. Si, par exemple, une personne subit un préjudice pendant qu'elle se trouve sur une liste d'attente, elle peut soutenir que si le médecin lui avait expliqué les risques qu'entraîne l'inscription sur une liste d'attente et l'existence d'options dans le secteur privé, il n'y aurait pas eu de préjudice. Dans ce contexte, il faut convaincre la cour qu'une « personne raisonnable dans la situation du patient » aurait opté pour l'option offerte par le secteur privé. Appliquant le critère controversé de « l'objectif modifié », la cour devrait déterminer si le patient avait les ressources financières nécessaires pour se prévaloir de l'option offerte par le secteur privé. Compte tenu de l'existence du critère de causalité, les tribunaux canadiens pourraient raisonnablement conclure que seuls les plaignants qui ont suffisamment d'argent pour profiter des options offertes par le secteur privé peuvent obtenir gain de cause après avoir intenté de telles poursuites.

Même si elle peut sembler d'une injustice perverse (elle alourdit en fait les iniquités qui existent déjà dans un système à deux vitesses), cette conclusion est entièrement conforme à la jurisprudence existante. Dans des affaires comme *Mickle v. Salvation Army Grace Hospital Windsor Ontario* et *Arndt v. Smith*, par exemple, les tribunaux ont utilisé des caractéristiques très personnelles, comme les croyances religieuses du plaignant, pour trancher cette question de causalité. Dans l'affaire *Mickle,* par exemple, la cour a décidé que parce que les incapacités de l'enfant n'étaient pas graves, une femme raisonnable dans la situation de Mickle ne choisirait pas l'avortement (1998). Compte tenu de cette jurisprudence, il semble tout à fait possible qu'un tribunal canadien puisse se fonder sur le fait qu'un patient ou un plaignant a un faible revenu pour conclure que le plaignant ne peut satisfaire au critère de la causalité – c.-à-d. qu'une personne raisonnable dans la situation du patient n'aurait pas opté pour la solution de rechange offerte par le secteur privé.

Nous terminerons aussi cette partie sur la mise en garde importante suivante : jusqu'à maintenant, il n'y a pas eu d'affaire canadienne sur le consentement éclairé directement pertinente. Ailleurs toutefois, et en particulier aux États-Unis, cette controverse soulevée par le consentement éclairé a déjà provoqué de nombreux débats chez les théoriciens, produit de la jurisprudence et même entraîné l'adoption de mesures législatives obligeant à divulguer les mécanismes de confinement des coûts et les incitations à dispenser moins de soins (Khanna, et al. 1999; Miller et Sage 1999). Il semble en outre que les stratèges canadiens commencent déjà à prendre des mesures officielles pour se conformer à leurs obligations perçues qui ont trait au consentement, comme en témoigne la démarche suivie par l'Association du personnel médical de la région de Calgary.

Comme dans le cas du droit sur la responsabilité civile délictuelle en général, les principes du consentement éclairé ne font pas grand-chose pour faciliter la mise en œuvre d'initiatives de réforme des soins de santé reposant sur des concepts plus généraux de l'équité sociale. Plus que tout domaine du droit sur la santé, celui du consentement éclairé témoigne du profond respect que la société porte à l'autonomie personnelle. C'est pourquoi il veut fournir aux patients des renseignements pertinents afin de leur permettre de prendre des décisions autonomes. Ne pas divulguer des renseignements, ou en adapter la divulgation pour respecter un programme social plus général, entre directement en conflit avec les principes de déontologie qui sous-tendent la jurisprudence canadienne sur le consentement.

Obligations de fiduciaire

Le droit sur les obligations de fiduciaire a lui aussi une importance énorme dans le contexte qui nous intéresse. Les obligations de fiduciaire émanent de la relation de confiance qui existe entre médecin et patient. Le droit sur les obligations de fiduciaire oblige en fait les prestateurs de soins de santé à concentrer leur attention à peu près exclusivement sur les meilleurs intérêts du patient. « La loyauté constitue la valeur fondamentale des relations de fiduciaire et, par conséquent, le point de convergence du droit en la matière » (Litman 2002, 91). Il est donc clair que le droit sur les obligations de fiduciaire est pertinent à tout programme de réforme qui remet en question explicitement ou implicitement la nature de cette loyauté.

Nature et justification des obligations de fiduciaire au Canada

On peut considérer le Canada comme un pays qui impose aux professionnels de la santé des obligations de fiduciaire particulièrement lourdes. Contrairement à ce qui se passe ailleurs, comme en Australie, il semble y avoir peu de doute que les médecins du Canada ont une relation de fiduciaire avec leurs patients – du moins dans la plupart des cas. Dans l'affaire *McInerney v. MacDonald*, qui porte sur le droit d'une patiente d'avoir accès à son dossier de santé, la cour a affirmé que la relation médecin-patient est de nature fiduciaire et que « [c]ertains devoirs découlent effectivement de la relation de confiance particulière qui existe entre le médecin et son patient » (*McInerney v. MacDonald* 1992, 423). Dans l'affaire *Norberg c. Wynrib,* le juge McLachlin a affirmé que « ce qui distingue peut-être le plus la relation médecin-patient de tout autre rapport, c'est son caractère fiduciaire » (*Norberg c. Wynrib* 1992; voir aussi *Henderson v. Johnston* 1956).

En vertu des principes qui régissent les obligations de fiduciaire, les prestateurs de soins de santé « doivent aussi éviter toute apparence de conflit d'intérêts, même lorsqu'il n'y a ni conflit réel ni conflit éventuel au sens classique » (Litman 2002, 95). Dans l'affaire *Cox v. College of Optometrists of Ontario*, par exemple, la cour a affirmé que même s'il n'y avait pas en réalité de pressions financières contradictoires, le simple fait d'avoir un bureau dans l'aire de vente au détail d'une société de produits d'optique suffisait pour porter la cour à conclure qu'il y avait conflit d'intérêts inapproprié. Le P[r] Litman est d'avis qu'il peut être justifié d'étendre l'application des principes régissant les obligations de fiduciaire aux situations où il y a simplement apparence de conflit. Il soutient que « cela a pour effet de maintenir, voire d'améliorer, la confiance du public dans l'intégrité d'une importante institution de services de santé où à la fois la loyauté et une perception de loyauté sont essentielles à son efficacité » (Litman 2002, 96).

Priorité aux meilleurs intérêts du patient

Les principes régissant les obligations de fiduciaire lèvent des obstacles clairs aux initiatives de réforme des soins de santé qui visent à intégrer des préoccupations sociales plus générales au processus décisionnel du médecin. C'est particulièrement le cas si des incitatifs d'ordre financier en vigueur encouragent une tendance précise à l'utilisation. De nombreux auteurs ont noté ce dilemme. Aux États-Unis, par exemple, Perry a noté que : « [L]es avantages

financiers et le danger liés à la pratique de la médecine d'aujourd'hui créent des possibilités diverses et souvent subtiles de conflits d'intérêts liés aux obligations de fiduciaire » (Perry 1994). Mon collègue le P[r] Litman faisait récemment l'observation suivante :

> Du point de vue du patient en particulier, les décisions relatives aux traitements qui sont dictées ou influencées par des facteurs liés au confinement des coûts sont très impropres parce qu'elles violent le principe de base des obligations de fiduciaire selon lequel les fiduciaires peuvent tenir compte seulement des intérêts de leurs bénéficiaires lorsqu'ils s'acquittent de leurs responsabilités de fiduciaire (Litman 2002, 110).

Le conflit évident produit par de nombreux modèles d'initiatives de réforme des soins de santé n'a pas dissuadé les commentateurs des milieux judiciaires de préconiser une application encore plus rigoureuse, dans ce contexte, des principes qui régissent les obligations de fiduciaire. En fait, beaucoup de théoriciens du droit considèrent le droit régissant les obligations de fiduciaire comme une protection nécessaire contre les influences indues que peuvent exercer les incitations financières.

> Le rôle traditionnel d'un tribunal consiste aussi à corriger les imperfections du marché en définissant des obligations de fiduciaire afin d'enrayer les abus de confiance. En dépit des meilleurs efforts des médecins eux-mêmes, les pressions visant à contenir les coûts peuvent entraîner une érosion de leur norme professionnelle de loyauté envers leurs patients en particulier…(Cahill et Jacobson 2001, 431).

Divulgation des conflits d'intérêts

Le droit régissant les obligations de fiduciaire alourdit aussi les obligations de divulguer imposées aux prestateurs de soins de santé. Il insiste en particulier sur le besoin de divulguer les conflits d'intérêt possibles ou apparents. Dans l'affaire *Moore v. Regents of the University of California*, bien connue aux États-Unis, on a signalé, par exemple, que parce qu'ils sont fiduciaires, les médecins sont tenus par la loi d'informer leurs patients de tout conflit d'intérêts que pourrait causer le traitement du patient, y compris de divulguer des « intérêts personnels non reliés à la santé du patient, qu'ils soient reliés aux milieux de la finance ou de la recherche, qui peuvent avoir un effet sur le jugement médical [du médecin] » (1990, 485). Même s'il n'y a pas de cas canadiens liés au droit régissant les obligations de fiduciaire qui portent sur les initiatives de réforme des soins de santé, la divulgation des conflits constitue un élément bien compris et classique du droit régissant les obligations de fiduciaire. C'est pourquoi il est certainement possible qu'une application dans ce contexte des principes des obligations de fiduciaire puisse obliger les prestateurs de soins de santé à divulguer de l'information sur les régimes d'incitatifs, comme les programmes de capitation, à l'origine de pressions contradictoires qui ont des répercussions sur les décisions relatives aux traitements. Comme le signalent Martin et Bjerknes : « Dans une poursuite intentée pour violation de l'obligation de fiduciaire, particulièrement dans le contexte d'une poursuite portant sur une violation du consentement éclairé, le plaignant a des chances d'avoir gain de cause compte tenu de la longue histoire de la réglementation par le judiciaire des conflits d'intérêts d'ordre financier dans les relations de fiduciaire » (1996, 457).

Répercussions

L'impact du droit régissant les obligations de fiduciaire dans ce contexte est évident. Il oblige au moins à divulguer tous les conflits pertinents. S'il est appliqué rigoureusement, le droit sur les obligations de fiduciaire peut aussi interdire aux médecins de dispenser des soins dans des situations de conflit d'intérêts clair – comme lorsqu'ils peuvent tirer des avantages financiers de la prestation d'un « service amélioré » financé par le secteur privé (Caulfield, Flood et von Tigerstrom 2000). Il peut aussi, toutefois, rendre difficile la mise en œuvre d'un vaste éventail de mesures de confinement des coûts. Là encore, il est toutefois difficile de prédire comment un tribunal canadien pourra interpréter les principes régissant les obligations de fiduciaire dans le contexte d'une initiative structurée de réforme des soins de santé, comme dans le cas des principes régissant la responsabilité civile délictuelle décrits ci-dessus. Je crois cependant que les tribunaux du Canada aborderont d'un œil soupçonneux le « rationnement au chevet » mis en œuvre par les médecins, élément constituant inévitable de beaucoup de mesures de confinement des coûts. Des commentateurs ont en fait laissé entendre qu'il faudrait interdire tout mécanisme incitatif qui vise le comportement d'utilisation chez les médecins. « Les incitations financières flagrantes qui récompensent les soins excessifs ou insuffisants affaiblissent les liens entre patients et médecins et entre patients et infirmières, et il faudrait les interdire » (Policy Perspective 1997, 1733). Compte tenu toutefois du rôle clé que jouent les prestateurs de soins de santé, et en particulier les médecins, dans le contrôle des budgets des soins de santé, comment peut-on confiner les coûts sans offrir de tels incitatifs?

Autres enjeux liés à la faute professionnelle

Comme l'espace disponible est limité, ce document a accordé en grande partie la priorité à l'impact que le droit régissant la faute professionnelle a sur le comportement des médecins dans le contexte de la réforme des soins de santé au Canada. Il importe toutefois de signaler que les principes de la common law qui régissent la faute professionnelle auront des répercussions dans de nombreux autres domaines pertinents. Voici un bref aperçu d'autres enjeux liés à la faute professionnelle dont il faudrait tenir compte dans ce contexte.

Pratique collective, responsabilités partagées?

Sur le plan historique, c'est le médecin qui est « responsable ». C'est-à-dire que la majorité des responsabilités imposées par la loi dans la prestation des services de santé incombent en général aux médecins. Par exemple, même si les médecins peuvent déléguer certains aspects du processus d'obtention du consentement éclairé à tout un éventail d'autres professionnels de la santé, c'est à eux qu'il revient quand même de s'assurer que le patient est dûment informé et même qu'il a compris l'information reçue. Dans l'affaire *Ciarlariello c. Schacter*, la Cour suprême du Canada a signalé qu'« il convient en fait que ce soit le médecin qui ait la charge de prouver que le patient a compris l'explication et les instructions données » (*Ciarlariello c. Schacter* 1993, 140). Le fait que les médecins demeurent le point de convergence de la responsabilité imposée par la loi nuira-t-il aux efforts déployés pour créer des équipes interdisciplinaires de soins de santé?

Enjeux liés à la confidentialité

Même si beaucoup d'administrations du Canada présentent des mesures législatives particulières (p. ex., *Health Information Act* de l'Alberta), dans beaucoup de provinces, la common law demeure un aspect dominant de la loi en ce qui concerne le traitement de l'information sur les soins de santé (voir *Canadian AIDS Society v. Ontario* 1995; *R. v. Osolin* 1993; *R. v. O'Connor* 1995; et *McInerney v. MacDonald* 1992). Cette jurisprudence impose en général aux prestateurs de soins de santé une obligation ferme et claire de maintenir le caractère confidentiel des renseignements personnels sur la santé (p. ex., *Peters -Brown v. Regina District Health Board* 1995). Ce droit et les nouvelles mesures législatives régissant les renseignements personnels sur la santé rendront-ils les initiatives portant sur la santé de la population plus difficiles à mettre en œuvre? Dans le contexte de projets portant sur la santé de la population, par exemple, on a souvent besoin d'avoir accès à un volume important de renseignements identifiables sur les soins de santé. S'il faut obtenir le consentement pour avoir accès à tous les renseignements identifiables sur les soins de santé, conformément à la common law, sera-t-il possible d'entreprendre le travail en cause?

Erreur médicale

Les répercussions de « l'erreur médicale » sur la santé et les coûts attirent de plus en plus l'intérêt depuis quelques années. Dans un rapport de 1999, l'Institute of Medicine des États-Unis laisse entendre qu'aux États-Unis, on pourrait attribuer à l'erreur médicale de 44 000 à 98 000

décès par année (Leape 2001, 146; et Bovbjerg, Miller et Shapiro 2001). Toute initiative intégrée de réforme des soins de santé devrait tenir compte de cet enjeu critique. Dans l'optique du présent document, il importe de signaler que beaucoup d'intervenants ont soutenu que le droit sur la faute professionnelle peut à la fois contribuer à l'incidence de l'erreur médicale et rendre la solution au problème plus difficile à trouver. De nombreux commentateurs ont laissé entendre, par exemple, que la crainte des litiges peut pousser des médecins à être moins francs en ce qui concerne leur rôle dans une erreur médicale possible, ce qui nuit aux efforts déployés pour réunir de l'information détaillée sur l'incidence et la nature des erreurs.

> Les données sur l'incidence des erreurs nuisibles indiquent que le supposé effet dissuasif des poursuites pour erreur médicale n'a pas suffi à lui seul pour régler le problème. Au contraire, les litiges peuvent très bien enrayer les efforts déployés pour réduire les erreurs (Studdert et Brennan 2001, 227).

Négligence contributive des patients : comportement « nuisible pour la santé »

À la suite de nombreuses décisions, des tribunaux du Canada ont jugé que des patients avaient fait preuve de négligence contributive par leur comportement nuisible pour la santé. Dans l'affaire *Dumais v. Hamilton*, par exemple, un médecin a été trouvé coupable de ne pas avoir divulgué comme il se doit les risques associés à une « lipectomie » (*Dumais v. Hamilton* 1998). Comme la patiente a continué de fumer, la cour a toutefois jugé qu'elle n'avait pas atténué les dommages qu'elle avait subis et qu'elle était donc responsable à 50 % de ses traumatismes. Comme on encourage de plus en plus les Canadiens à mener une vie saine pour réduire les coûts des soins de santé (Conseil consultatif du premier ministre sur la santé 2002), les tribunaux accorderont-ils de plus en plus d'importance au comportement des patients dans l'évaluation des poursuites pour faute professionnelle?

Responsabilité des hôpitaux, des régies régionales de la santé et des gouvernements

Même si je crois que les médecins du Canada assumeront probablement une partie importante de l'exposition à la responsabilité civile dans le contexte des initiatives de réforme des soins de santé, il y a beaucoup d'autres entités comme les hôpitaux, les régies régionales de la santé (RRS) et même les gouvernements provinciaux qui joueront évidemment un rôle très important. En fait, même si le « rationnement au chevet » demeurera un élément inévitable de presque toute initiative de réforme des soins de santé (Ubel 2002), on peut soutenir que ces décideurs aux niveaux « régional » et « national » ont le plus d'impact sur ce qui est disponible pour les patients et que c'est pourquoi il faudrait les tenir responsables de toute décision qui entraîne la prestation de soins non conformes à la norme.

Ici encore, on compte très peu de cas directement pertinents au Canada. Les hôpitaux et les régies régionales de la santé peuvent certainement être trouvés coupables de négligence directe lorsqu'on a enfreint une obligation bien établie (p. ex., celle de choisir du personnel compétent) et responsables indirectement de la négligence de leurs employés qui agissent dans le

contexte de leurs fonctions (Picard et Robertson 1996). Comme dans le cas des médecins, il est fort probable que les tribunaux demeureront sympathiques envers les RRS et les hôpitaux aux prises avec une pénurie réelle de ressources (p. ex., *Bateman v. Doirin* 1991). On ne sait toutefois pas dans quelle mesure les tribunaux du Canada tiendront les décideurs régionaux et nationaux responsables des décisions sur l'affectation des ressources[5]. La mesure dans laquelle on peut considérer la décision comme une véritable décision « de politique », ce qui protège une administration publique contre la responsabilité civile, et celle dans laquelle le préjudice était « prévisible » (voir, par exemple, *Brown v. BC* 1994) sont au nombre des facteurs dont les tribunaux tiendront probablement compte dans ce contexte. Je crois en général que les tribunaux du Canada respecteront dans une certaine mesure les entités publiques chargées de prendre des décisions générales sur l'affectation des ressources, comme l'ont fait les tribunaux des États-Unis et du Royaume-Uni (Caulfield 1994; Jacobson 1999; Cahill et Jacobson 2001).

Une discussion détaillée sur cet enjeu important de la responsabilité civile échappe à la portée du présent document (voir Mariner 2001). Toute initiative de réforme de la responsabilité civile délictuelle doit toutefois tenir compte des répercussions stratégiques de l'application de la responsabilité civile aux décideurs régionaux et nationaux. Comme dans le cas de la responsabilité des médecins, par exemple, si l'on impose la responsabilité civile aux décideurs régionaux et nationaux, il pourrait être plus difficile de mettre en œuvre des programmes efficaces de confinement des coûts. Comme le signale le P^r^ Jacobson : « La réussite des innovations dans le domaine du confinement des coûts des soins dirigés dépend de nombreux facteurs, et notamment des décisions que les tribunaux prendront à la suite de litiges contestant diverses initiatives de confinement des coûts » (Jacobson 1999, résumé). De plus, « [d]e telles affirmations peuvent dissuader la prise de décisions énergiques » chez les dirigeants publics (*Decock v. Alberta* 2000, paragraphe 37).

Un dilemme particulier au Canada?

Comme j'y ai fait allusion dans tout le présent document, de nombreux pays ont déjà été aux prises avec beaucoup de ces questions. Même si ce dilemme relié à la faute professionnelle a suscité certaines controverses, on pourrait certainement soutenir qu'il n'a pas eu l'effet spectaculaire qui pourrait à mon avis se faire sentir au Canada si l'on ne tient pas dûment compte de ces enjeux de la common law. Il y a toutefois des raisons pour lesquelles ces dilemmes légaux peuvent se révéler particulièrement problématiques dans le contexte canadien.

Tout d'abord, comparativement à beaucoup d'autres niveaux de compétence régis par la common law, le droit de la santé au Canada est particulièrement « axé sur le patient ». Au Royaume-Uni et dans la majeure partie des États-Unis, par exemple, la norme de divulgation dans le cas du consentement éclairé demeure celle du « professionnel raisonnable » (la norme canadienne est celle du « patient raisonnable »). La grande importance que le Canada accorde au principe des obligations de fiduciaire, qui est peut-être la plus importante dans le monde régi par la common law, accentue aussi cet ethos axé sur le patient. Comme on l'a signalé ci-dessus, c'est cette importance accordée au patient qui peut, à tort ou à raison, entraîner un grand nombre des contestations judiciaires associées à la réforme des soins de santé.

En second lieu, la nature organisationnelle complexe des OSSI/OGS et l'application de la législation fédérale intitulée *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) (Mariner 2001; Anderlik 1998) brouillent une grande partie de la common law pertinente aux États-Unis. La législation ERISA limite notamment le type de poursuites que l'on peut intenter contre beaucoup d'OGS. L'application de cette législation a en fait joué un rôle clé dans beaucoup des décisions américaines les plus pertinentes (*Wickline* 1986; *Pegram* 2000).

Enfin, contrairement à ce qui se passe au Royaume-Uni, beaucoup de nos normes légales en vigueur ont été établies dans un monde de rémunération à l'acte où il y a peu d'ingérence administrative dans le processus décisionnel des professionnels. L'adoption de nouveaux modes de rémunération, de nouveaux régimes d'incitatifs ou de nouveaux cadres organisationnels constituera un virage important pour les médecins du Canada. Comme on l'a indiqué dans tout le document, la jurisprudence canadienne qui peut accepter facilement un virage radical dans ce domaine est plutôt mince actuellement.

Réformes possibles

La common law, et plus précisément le droit sur la faute professionnelle, ne constitue pas le meilleur moyen de faciliter le changement dans le système de santé actuel. Les buts du droit sur la faute professionnelle – c.-à-d. l'indemnisation des patients victimes d'un préjudice et le maintien d'un degré élevé de diligence – ne s'harmonisent pas nécessairement avec le confinement des coûts, par exemple. Comme le droit sur la faute professionnelle continue de renforcer le caractère primordial de l'obligation du médecin envers ses patients, par exemple, il ne fait pas grand-chose pour faciliter le lancement d'initiatives de réforme plus générale des soins de santé. En termes simples, le droit sur la responsabilité civile délictuelle n'est pas conçu comme moyen d'instaurer des réformes sociales générales.

Le droit sur la faute professionnelle constitue toutefois une puissante force sociale. Étant donné l'impact qu'il a sur le comportement des prestateurs de soins de santé, les stratèges doivent se demander si une réforme de la responsabilité civile délictuelle s'impose ou si elle est souhaitable. Par exemple, une initiative de réforme qui réduirait l'exposition des médecins à la responsabilité civile pourrait-elle rendre les initiatives de confinement des coûts plus faciles à mettre en œuvre? Quels autres buts de la société un tel programme de réforme compromettrait-il toutefois? Je résume brièvement ci-dessous quelques options de réforme pour dissiper les préoccupations soulevées dans ce document de travail.

Réforme déclenchée par les tribunaux (p. ex., évolution selon chaque cas du droit sur la faute professionnelle et la responsabilité civile délictuelle)

Une option consiste à laisser les tribunaux canadiens trancher les préoccupations stratégiques décrites dans le présent document. C'est-à-dire que nous pourrions nous en remettre à l'évolution selon chaque cas des principes de la faute professionnelle en espérant que le judiciaire mettra au point de nouvelles façons de trancher les préoccupations stratégiques liées de façon inextricable à la réforme des soins de santé. Comme l'a signalé Walker ci-dessus, des accommodements judiciaires sont en fait inévitables (Walker, 2002), car les tribunaux canadiens doivent, à un niveau ou à un autre, réagir aux changements que connaît le système de soins de santé.

Même si une démarche fondée sur chaque cas peut entraîner un changement radical du droit, cela semble très peu probable. Les principes de la faute professionnelle – et le droit régissant la responsabilité civile délictuelle en général – sont demeurés très constants au fil des ans (Marimer 2001, 258). C'est le changement graduel qui est la norme, et non les révisions radicales ou les changements de paradigme. Comme l'a laissé entendre le P^r Marimer au sujet de la loi sur la réforme des soins de santé aux États-Unis, nous n'avons « pas de chance de trouver le salut dans une nouvelle théorie » (Marimer 2001, 270). Ce qui ne veut pas dire que les tribunaux ne sont pas conscients des enjeux stratégiques pertinents aux cas qui leur sont soumis dans ce domaine. Au cours d'une étude réalisée aux États-Unis sur plus de 480 cas comportant des enjeux liés aux soins dirigés, les auteurs ont constaté que dans 56 % des cas, les tribunaux ont soulevé au moins une question liée aux politiques.

> Les juges tiennent activement compte des répercussions de leurs décisions sur les politiques. Cela ne signifie pas que les tribunaux se trouvent en réalité à formuler des politiques sur les soins de santé. Cela laisse toutefois entendre que le judiciaire est très conscient des conflits stratégiques en jeu et qu'il est disposé à en tenir compte dans le processus décisionnel (Jacobson, Selvin et Pomfret 2001, 286).

Même aux États-Unis, où les cas reliés à la réforme des soins de santé sont plus nombreux, le droit de la responsabilité civile délictuelle n'a toutefois effectué aucun virage radical. Il est vrai que les tribunaux du monde entier respectent beaucoup les entités qui prennent les décisions générales sur la répartition des ressources, y compris les OGS aux États-Unis. Les principes fondamentaux de la faute professionnelle tels qu'ils s'appliquent à chaque prestateur de soins de santé ont toutefois changé très peu ou pas du tout. Comme on l'a signalé ailleurs, les cas de jurisprudence sont de plus rares jusqu'à maintenant au Canada. En dépit de nombreux reportages qui font les manchettes et portent sur les préoccupations liées à une responsabilité civile possible (Priest 2000) et des cas souvent cités, comme l'affaire *Law Estate v. Simice*, les tribunaux du Canada ne se sont pas encore penchés sur un grand nombre des enjeux soulevés dans le présent document. Cela signifie que l'évolution du droit canadien sur la responsabilité civile délictuelle face à la réforme des soins de santé, s'il doit jamais y en avoir une, n'est même pas commencée.

Il convient enfin de signaler que la common law aura inévitablement du retard sur les grands changements sociaux. Il s'agit dans une grande mesure d'un mécanisme réactif. Avant que l'on puisse aborder une question en particulier, une personne qui veut être indemnisée doit saisir les tribunaux de son cas. Si l'on se fie à l'évolution ponctuelle du droit sur la faute professionnelle, il n'y aura pas de réforme intégrée générale. Même si elle constitue une source riche et complexe de principes de droit, la jurisprudence sur la faute professionnelle évolue en grande partie de façon ponctuelle. Il n'y a pas de démarche coordonnée à l'échelon national.

Réponses législatives particulières

L'adoption d'une mesure législative peut bien entendu modifier la common law. Les responsables des politiques préoccupés par l'impact de la common law sur les initiatives de réforme des soins de santé pourraient adopter des mesures législatives afin de minimiser ou de modifier la nature de la responsabilité civile dans le domaine de la faute professionnelle. Par exemple, même si son adoption ne visait pas à faciliter la réforme des soins de santé, la législation ERISA a limité considérablement l'exposition à la responsabilité civile des OGS aux États-Unis. De même, des niveaux de compétence américains ont aussi adopté des mesures législatives afin de protéger les patients contre les effets d'initiatives agressives de confinement des coûts. Par exemple, « beaucoup d'États ont adopté des mesures obligeant à divulguer des incitations financières, exigences qui sont incluses dans les réformes récentes des régimes Medicare et Medicaid » (Miller et Sage 1999, 1424).

Une telle démarche a de nombreux défis à relever. Tout d'abord, comme on considérerait probablement que de telles mesures législatives relèvent de la compétence des provinces, chacune d'entre elles devrait rédiger et adopter sa propre loi. Il y a des moyens de coordonner de tels efforts, mais des variations aux niveaux des philosophies politiques et des façons d'aborder

la réforme des soins de santé produiraient probablement des réponses réglementaires bigarrées (comme nous l'avons vu dans le cas de la variation entre les nouvelles mesures législations provinciales sur la réforme des soins de santé).

Il faudrait ensuite analyser attentivement les répercussions stratégiques d'une mesure législative qui limiterait l'exposition à la responsabilité civile. Comme on l'a signalé ci-dessus, de nombreux théoriciens ont laissé entendre que l'imputabilité associée au droit régissant la faute professionnelle aide à maintenir un degré de diligence élevé et encourage tous les décideurs du secteur de la santé – des médecins jusqu'aux régies régionales de la santé – à tenir compte des besoins de chaque patient (Litman 2002; Cahill et Jacobson 2001; Prichard 1990). En outre, si l'on recourt à des mesures législatives pour limiter l'exposition et la responsabilité civile, il serait encore plus difficile pour les patients d'obtenir une indemnisation. On conclut en fait dans le rapport Prichard que :

> [I]l y a seulement quelque 250 patients victimes d'un préjudice qui reçoivent chaque année une indemnisation du système de responsabilité civile et d'indemnisation. Ce total représente un pourcentage modeste seulement (moins de 10 %) des victimes d'un préjudice attribuable à la négligence (Prichard 1990, principale constatation 5).

Une mesure législative qui réduirait encore davantage la capacité des patients à obtenir une indemnisation ne ferait qu'empirer la situation.

Réforme intégrée de la responsabilité civile délictuelle

L'option de réforme la plus spectaculaire consisterait à aborder les enjeux de la réforme des soins de santé dans le contexte d'une initiative plus générale de réforme de la responsabilité civile délictuelle. Au cours des dernières décennies, beaucoup d'auteurs ont signalé les lacunes et les inefficiences générales du régime en vigueur sur la faute professionnelle médicale (p. ex., Jacobi et Huberfeld 2001; Harvard Medical Practice Study, 1990). Des pays comme la Nouvelle-Zélande et la Suède ont déjà des régimes qui ne tiennent pas compte de la responsabilité médicale (Elgie, Caulfield et Christie 1993). C'est pourquoi on continue d'envisager l'adoption d'un régime sans responsabilité.

> Ce modèle repose sur la prémisse centrale selon laquelle les patients ne sont pas tenus de prouver qu'il y a eu négligence pour avoir accès à une indemnisation. Ils doivent prouver seulement qu'ils ont été victimes d'un préjudice, qu'il a été causé par les soins médicaux et qu'il répond aux critères en vigueur sur la gravité ou tout autre seuil. (Studdert et Brennan 2001)

Même s'il n'est pas encore aussi élevé qu'aux États-Unis, le coût de l'assurance contre la faute professionnelle médicale est aussi pertinent à la discussion. Dans quelques disciplines de la médecine, comme en obstétrique, le coût peut être extrêmement élevé et, dans certains niveaux de compétence, payé, du moins en partie, par le Trésor, ce qui alourdit le coût global du système de santé.

En abordant les enjeux de la faute professionnelle associée à la réforme des soins de santé dans le contexte d'une initiative plus générale de réforme de la responsabilité civile délictuelle, les responsables des politiques pourraient concevoir spécifiquement un régime afin de faciliter la réforme des soins de santé, le travail dans le domaine de la santé publique et une réduction des erreurs médicales tout en garantissant une amélioration des possibilités d'indemnisation des patients. Compte tenu des préoccupations décrites dans le présent document, de celles qui commencent à prendre forme en ce qui concerne l'erreur médicale, de la montée du coût de l'assurance contre la faute professionnelle médicale et des preuves ambivalentes qui appuient le droit de la responsabilité civile délictuelle comme mécanisme de contrôle de la qualité, c'est peut-être le bon moment d'envisager sérieusement d'adopter un régime qui ne tient pas compte de la responsabilité.

La mise en œuvre d'un régime sans égard à la responsabilité pose bien entendu de nombreux défis. Comme dans le cas de presque toute mesure législative qui a des répercussions sur le droit privé, par exemple, il faudrait procéder une province à la fois – et l'uniformité nationale serait encore plus difficile à maintenir. Les efficiences financières et administratives d'un régime qui ne tient pas compte de la responsabilité soulèvent en outre des questions (mais on peut certainement soutenir qu'il pourrait être au moins aussi efficient que le régime en vigueur fondé sur la faute) (Bovbjerg et Sloan 1998; Elgie, Caulfield et Christie, 1993). Enfin, même s'il n'y a pas de données solides à l'appui de l'effet dissuasif du droit sur la responsabilité civile délictuelle, on craint que nous perdions les avantages reliés au contrôle de la qualité qu'offre actuellement le régime de la faute professionnelle. Il semble en effet que c'est la principale raison pour laquelle Prichard a recommandé, en 1990, le maintien des poursuites en responsabilité civile délictuelle contre les prestateurs de soins de santé (Prichard 1990).

Des recherches plus poussées s'imposent

Même si le droit de la responsabilité civile délictuelle n'est peut-être pas un outil efficace de réforme des soins de santé, il ne faut pas considérer les principes de la common law en vigueur simplement comme un obstacle au changement social constructif. Il y a de bonnes raisons pour lesquelles le droit sur la responsabilité civile délictuelle et sur les obligations de fiduciaire insiste aussi fortement sur l'obligation du prestateur de soins de santé envers le patient. Le fait que le judiciaire continue de céder devant le principe déontologique de l'autonomie, qui réside au cœur même d'une grande partie de cette common law, est le résultat de siècles d'évolution sociopolitique. Avant de prendre des mesures pour miner ou modifier ces normes sociales bien établies – en adoptant un régime qui ne tient pas compte de la responsabilité, par exemple – la société canadienne doit réfléchir attentivement aux compromis à long terme. Voulons-nous vraiment atténuer l'impact de l'autonomie dans le contexte de la prise de décisions sur les soins de santé? L'allégement des obligations de fiduciaire du médecin entraînerait-il un affaiblissement concomitant et nuisible de la relation de confiance tellement essentielle au contexte des soins de santé? Bien entendu, il y a déjà beaucoup de documents sur la déontologie médicale dans ce contexte (voir, par exemple, la bibliographie du projet, Caulfield et von Tigerstrom, 2002, 272), mais je crois toutefois que d'autres travaux canadiens s'imposent, particulièrement en ce qui concerne la réforme de la responsabilité civile délictuelle.

Il faut aussi pousser la recherche sur les avantages sociaux et les préjudices réels de la jurisprudence sur la faute professionnelle. Depuis le rapport Prichard de 1990, il s'est fait très peu de travail empirique sur ce régime énormément coûteux.

> Étant donné que la société compte tellement sur les mécanismes de la loi pour promouvoir la sécurité et comme les régimes fondés sur la responsabilité coûtent très cher, il est plutôt étonnant qu'il y ait si peu de données scientifiques sur l'efficacité de la responsabilité civile et de la discipline (Bovbjerg. Miller et Shapiro 2001, 369).

Notes

1 J'ai pu réfléchir à un grand nombre des enjeux abordés dans ce document dans tout un éventail d'articles et de chapitres différents, dont les suivants : T. Caulfield, « Malpractice in the Age of Health Care Reform », dans Barbara von Tigerstrom et Timothy Caulfield, rév. *Meeting the Challenge: Health Care Reform and the Law* (University of Alberta Press, 2002); T. Caulfield et K. Siminoski, « Physician Liability and Drug Formulary Restrictions » (2002) 166; Journal de l'Association médicale canadienne 458; T. Caulfield et G. Robertson, « Cost Containment Mechanisms in Health Care: A Review of Private Law Issues » (1999) 27 Revue de droit manitobain 1; et T. Caulfield et D. Ginn, « The High Price of Full Disclosure: Informed Consent and Cost Containment in Health Care » (1994) 22 Revue de droit manitobain 328. Ce document s'inspire de ces publications antérieures, que je ne citerai pas de nouveau.

2 Même si les médecins ne sont pas responsables des mesures de confinement des coûts qui sont à l'origine d'une rareté réelle de ressources, il se peut toutefois que de telles situations posent néanmoins d'autres défis légaux. Il se peut, par exemple, que les médecins doivent devenir de plus en plus conscients du manque de ressources disponibles dans une administration en particulier. Comme le signale Robertson : « Le manque de ressources ou d'équipement est aussi pertinent dans le contexte de l'obligation pour le médecin de diriger le patient. Le médecin qui n'a pas accès à du matériel ou à des examens en particulier peut faire preuve de négligence s'il ne dirige pas le patient vers un autre établissement qui en est doté, ou s'il ne l'informe pas de leur disponibilité dans un autre établissement » (Robertson 1999, 89).

3 Voir toutefois *Elofson v. Davis* (1997), 49 Alta L.R. (3d) 327 (QB). Sauf erreur, il s'agit du seul cas récent où l'on a accepté explicitement la règle dite du milieu – en grande partie parce qu'on espère qu'une baisse du degré de diligence encouragera plus de médecins à pratiquer en milieu rural.

> La loi reconnaît la politique publique selon laquelle un degré de diligence moins rigoureux s'applique à un omnipraticien en milieu rural et en tient compte… [L]es régions rurales du Canada (et de l'Alberta en l'occurrence) ont un besoin criant d'omnipraticiens. Il est probable que si le praticien en milieu rural devait se conformer à un degré de diligence plus rigoureux, cela alourdirait sérieusement le dissuasif actuel à la pratique en milieu rural (para 56 (QL)).

L'affaire est importante aussi parce qu'elle constitue un des rares exemples où un tribunal du Canada, du moins en contexte de faute professionnelle, a abaissé le degré de diligence afin de tenir compte d'un problème de santé d'une population en particulier. Compte tenu du ton de la jurisprudence récente qui a trait à la règle dite du milieu, il faut considérer cette affaire comme une exception à la règle générale qui se reflète dans l'affaire *Sunnucks*. Dans l'optique du présent document, l'affaire constitue néanmoins un exemple intéressant de préoccupations stratégiques de l'extérieur qui ont persuadé le tribunal de modifier le degré de diligence prévu dans la loi.

4 Le manque de jurisprudence pertinente est en fait très étonnant. Les décisions *Law Estate* et *McLean*, qui datent toutes deux de 1994, sont les seules qui portent sur le confinement des coûts. Compte tenu des compressions budgétaires énormes imposées au système de santé au milieu des années 90, je m'attendais à ce que les décisions semblables soient nombreuses. Il se peut que les cas pertinents aient fait l'objet de litiges, mais qu'ils aient été réglés avant le procès.

5 Il vaut la peine de signaler qu'il est certainement possible d'intenter à un fonctionnaire une poursuite reliée à une décision sur l'affectation de ressources. Dans l'affaire bien connue *Decock v. Alberta* (2000), la Cour d'appel de l'Alberta a décidé que le premier ministre Klein et le ministre de la Santé, Shirley McClellan, pouvaient être désignés nommément dans une poursuite en justice pour faute professionnelle. En l'occurrence, les plaignants soutiennent que « Klein et McClellan sont tenus d'assurer que les patients reçoivent des soins, de l'attention et des traitements médicaux raisonnables et appropriés, obligation que l'on a enfreinte » (*Decock* 2000, paragraphe 6). Bien entendu, il est loin d'être clair que les plaignants auront gain de cause.

Bibliographie

Anderlik, Mary. 1998. *A New Weapon Against Managed Care Organizations: ERISA Perspective in Health Law, Health Law and Policy Institute, University of Houston* <www.law.uh.edu/LawCenter.> (29 juillet 2002).

Bloche, M. G. 1999. Clinical Loyalties and the Social Purposes of Medicine. *JAMA* 281, 268-274.

Bovbjerg, Randall, R. Miller, et D. Shapiro. 2001. Paths to Reducing Medical Injury: Professional Liability and Discipline vs. Patient Safety – and the Need for a Third Way. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 29, 369-380.

Bovbjerg, Randall, et Frank Sloan. 1998. No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence. *University of Cincinnati Law Review* 67, 53-123.

Cahill, M., et P. Jacobson. 2001. Pegram's Regress: A Missed Chance for Sensible Judicial Review of Managed Care Decisions. *American Journal of Law and Medicine* 27, 421-438.

Caulfield, Timothy. 1994. Suing Hospitals, Health Authorities and the Government for Health Care Allocation Decisions. *Health Law Review* 3, 7-11.

Caulfield, T., et B. von Tigerstrom, rév. 2002. *Health Care Reform and the Law in Canada: Meeting the Challenge.* University of Alberta Press.

Caulfield T., et D. Ginn. 1994. The High Price of Full Disclosure: Informed Consent and Cost Containment in Health Care. Revue de droit manitobain 22, 328-344.

Caulfield, Timothy, Colleen Flood et Barbara von Tigerstrom. 2000. Comment: Bill 11, Health Care Protection Act. *Health Law Review* 9, 22-25.

Dickens, Bernard. 1999. Informed Consent, in *Canadian Health Law and Policy,* révisé par Jocelyn Downie et Timothy Caulfield. Toronto, Butterworths. p. 117-141.

Elgie, Robert, T. Caulfield et M. Christie. 1993. Medical Injuries and Malpractice: Is it Time for 'No-Fault' Health Law Journal 1, 97-117.

Epstein, R. 1994. The Social Consequences of Common-Law Rules, in *Foundations of Tort Law,* révisé par S. Levmore. Oxford University Press.

Fleming, John. 1983. *The Law of Torts, 6th ed.* Toronto: Carswell.

Irvine, John. 1994. Case Comment: *Law Estate v. Simice.* C.C.L.T. 21, 259.

Jacobi, John, et Nicole Huberfeld. 2001. Quality Control, Enterprise, Liability, and Disintermediation in Managed Care. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 29, 305-322.

Jacobson, Peter. Juillet 1999. Legal Challenges to Managed Care Cost Containment Programs: An Initial Assessment: Are the courts willing to hold health plans accountable for the delay or denial of care? *Health Affairs* 18(4), 69-85.

Jacobson, P., E. Selvin et S. Pomfret. 2001. The Role of the Courts in Shaping Health Policy: An Empirical Analysis. *Journal of Law, Medicine and Ethics* 29, 278-289.

Khanna, V., H. Silverman et J. Schwartz. 1999. Disclosure of Operating Practices by Managed Care Organizations to Consumers of Health Care: Obligations of Informed Consent. *Journal of Clinical. Ethics* 9, 291.

Klar, L.N. 1996. *Tort Law.* Toronto: Carswell.

Ralph Klein. 8 janvier 2002. « Report of the Premier's Advisory Council on Health » <http://www.gov.ab.ca/acn/200201/11771.html> (29 juillet 2002).

Leape, L. 2001. Preventing Medical Accidents: Is « System Analysis » the Answer? *American Journal of Law and Medicine* 27, 145-148.

Lewis, S. et al. 2000. Ending waiting-list mismanagement: principles and practice. *JAMC* 162, 1297-1300.

Lightstone, S. 1999. Waiting-list Worries Cause Calgary MDs to Prepare Letter for Patients. *JAMC* 161, 183-184.

Litman, Moe. 2002. Fiduciary Law and For-Profit and Not-For-Profit Health Care in *Health Care Reform and the Law in Canada*, révisé par Timothy Caulfield et Barb von Tigerstrom. University of Alberta Press. p. 85-130.

Loi sur le consentement aux soins de santé, L.O. 1996, C. 2.

Mariner, Wendy. 2001. Slouching Toward Managed Care Liability: Reflections on Doctrinal Boundries, Paradigm Shifts and Incremental Reform. *Journal of Law Medicine and Ethics* 29, 253-77.

Martin, J., et L. Bjerknes. 1996. The Legal and Ethical Implications of Gag Clauses in Physician Contracts. *American Journal of Law and Med* 22, 433-476.

McPherson, A. 1991. The Oregon Plan: rationing in a rational society. *JAMC* 145(11), 1444-1445.

Medical Post. 1994. Physician Survey.

Miller, F. 1992. Denial of Health Care and Informed Consent in English and American Law. *American Journal of Law & Medicine.* 18, 37-71.

Miller, T, et W. Sage. 1999. Disclosing Physician Financial Incentives. *JAMA* 281, 1424-1430.

Mohr, J. 2000. American Medical Malpractice Litigation in Historical Perspective. *JAMA* 283, 1731-37.

Nelson, Erin et T. Caulfield. 1998. You Can't Get There From Here: A Case Comment on *Arndt v. Smith. University of British Columbia Law Review* 32, 353-364.

Nelson, Erin. 1999. The Fundamentals of Consent, in *Canadian Health Law and Policy*, révisé par Jocelyn Downie et Timothy Caulfield. Toronto, Butterworths. p. 101-116.

Perkel, R. 1996. Ethics and Managed Care. *Medical Clinics of North America* 80, 263-278.

Perry, C. 1994. Conflicts of Interest and the Physician's Duty to Inform. *The American Journal for Medicine* 96, 375-380.

Picard, E. et G. Robertson. 1996. *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*. Toronto: Carswell.

Policy Perspective. 1997. For Our Patients, Not for Profit. *JAMA* 278, 1733.

La Presse canadienne. 9 janvier 2000. « Treatment Wait May Harm Health, Cancer Centre Warns », *Edmonton Journal*, p. A9.

Prichard, R. 1990. Rapport à la Conférence des sous-ministres de la Santé de l'Étude fédérale/provinciale/territoriale sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de santé, dans *La responsabilité et l'indemnisation dans les soins de santé*. Toronto, University of Toronto Press.

Priest, L. 17 janvier 2000. « ER Crisis May Bring Rash of Suits » *Globe and Mail*, p. A1.

Renaud, M, et al. 1993. Les médecins devant le diagnostic prénatal : prudence et ambivalence, dans *Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* 13, 260-547.

The Report of the Harvard Medical Practice Study to the State of New York. 1990. *Patients, Doctors, and Lawyers: Medical Injury, Malpractice Litigation and Patient Compensation in New York*. President and Fellows of Harvard College.

Robertson, Gerald. 1991. Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*. *Revue du Barreau canadien* 70, 423-447.

_____. 1999. Negligence and Malpractice, dans *Canadian Health Law and Policy*, révisé par Jocelyn Downie et Timothy Caulfield. Toronto: Butterworths. p. 91-109.

Rodwin, Marc. 1995. Strain in the Fiduciary Metaphors: Divided Physician Loyalties and Obligations in a Changing Health Care System. *American Journal of Law and Medicine* 11, 241-257.

Salloum, S., et E. Franssen. 1993. Laboratory Investigation in General Practice. *Médecin de famille canadien* 93, 1055.

Studdert, David, et Troyen Brennan. 2001. Toward a Workable Model of 'No-Fault' Compensation for Medical Injury in the United States. *American Journal of Law and Medicine* 27, 225-252.

Ubel, P. 2002. Physicians, Thou Shalt Ration: The Necessary Role of Bedside Rationing in Controlling Healthcare Costs. *Healthcare Papers* 2, 10-21.

Walker, A. 2002. The legal duty of physicians and hospitals to provide emergency care. *CMAJ* 166, 465-469.

Wolf, S. 1991. Toward a Systematic Theory of Informed Consent in Managed Care. 35 Houston Law Review 1631.

Jurisprudence

Anderson v. Chasney, [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C)

Arndt v. Smith (1997), 148 D.L.R. (4th) 48 (C.S.C)

Bateman v. Doiron (1991), 8 C.C.L.T. 284 (B.R.N.B.); aff'd (1993), 18 C.C.L.T. 1 (C.A.N.-B.)

Brown c. Colombie-Britannique [1994] 1 R.C.S. 420.

Canadian AIDS Society v. Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 388 (Div. gén.).

Ciarlarliello v. Schacter, [1993] 2 R.C.S. 119.

Cox v. College of Optometrists of Ontario (1988) 65 O.R. 461 (H.C. de l'Ont.).

Crits v. Sylvester (1956), 1 D.L.R. 502 (Ont. C.A.); affd [1956] R.C.S. 991.

Decock v. Alberta [2000] A.J. No. 419 (C.A).

Dumais v. Hamilton [1998] A.J. No. 761 (C.A. Alb.).

Elofson v. Davis (1997), 49 Alta L.R. (3a) 327 (QB).

Hall v. Hebert (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 93 à 118 (C.S.C) cité dans L. Klar, Tort Law (Toronto : Carswell, 1996) at 1.

Henderson v. Johnston (1956) 5 D.L.R. (2d) 524 (H.C. de l'Ont.)

Law Estate v. Simice (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 228 (C.S.C.-B.) à 240, aff'd [1996] 4 W.W.R. 672 (C.A.).

McInerney v. MacDonald (1992), 93 D.L.R. (4th) 415 (C.S.C).

McLean v. Carr (1994) 363 A.P.R. 271 (Nfld. T.D.).

Meyer Estate v. Rogers (1991), 78 D.L.R. (4th) 307 (Div. gén. de l'Ont.)

Mickle v. Salvation Army Grace Hospital Windsor Ontario [1998] O.J. No. 4683 (C.J. de l'Ont.).

Moore v. Regents of the University of California 793 P. 2d 479 (Cal. 1990),

Norberg v. Wynrib (1992) 92 D.L.R. (4th) 449 (C.S.C)

Pegram v. Herdrich, 120 S. Ct. 2143 (2000)

Peters-Brown v. Regina District Health Board [1995] S.J. No. 60 (B.R. Sask.).

R v. O'Connor (1995), 130 D.L.R. (4th) 235 (C.S.C).

R. v. Osolin (1993), 109 D.L.R. (4th) 478 (C.S.C).

Reibl v. Hughes (1980) 114 D.L.R. (3rd) 1 (C.S.C)

Seney v. Crooks [1998] A.J. No. 1060 (QL) (C.A.).

Sunnucks v. Tobique Valley Hospital (1999), 216 N.B.R. (2d) 201 (B.R.).

ter Neuzen v. Korn (1995), 127 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C).

Wickline v. State of California, 228 Cal. Rptr 661 (Cal. App. 2 Dist. 1986)